كتاب المعاملات

في

الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية

تأليف

احمد ابو الفتح
مدرس الشريعة الاسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية

الجزء الاول

الطبعة الاولى
في سنة ١٣٣٢ هـ — ١٩١٣ م

مطبعة البوسفور بشارع عبد العزيز بمصر

كتاب المعاملات

في

الشريعة الاسلامية . والقوانين المصرية

تأليف

احمد ابو الفتح

مدرس الشريعة الاسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية

الجزء الاول

الطبعة الاولى

في سنة ١٣٣٢ هـ — ١٩١٣ م

مطبعة البوسفور بشارع عبد العزيز بمصر

فهرست الجزء الاول

للمباحث الشرعية من كتاب المعاملات

فهرست المباحث القانونية

فهرست الجزء الاول

المباحث القانونية من كتاب المعاملات

كتاب

المعاملات

في

الشريعة الاسلامية · والقوانين المصرية

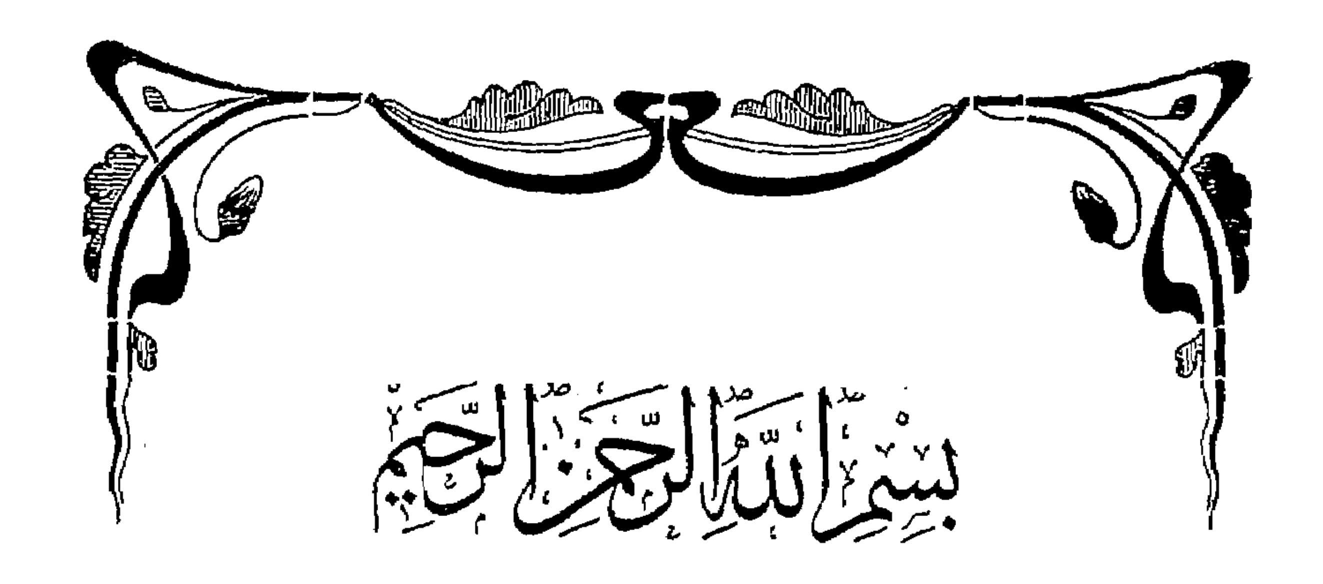
تأليف

احمد ابو الفتح

مدرس الشريعة الاسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية

الطبعة الأولى فى محرم الحرام سنة ١٣٣٢ — ديسمبر سنة ١٩١٣

مطبعة البوسفور بشارع عبد العزيز بمصر



اللهم انا نحمدك حمد الذين وفقتهم الى التفقه فى الدين ونصلى ونسلم على سيدنا محمد النبى الأمين وعلى سائر الأنبياء والمرسلين ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين ونستمد من فيض فضلك وعظيم معونتك مايقوى عزائمنا على عمل كتاب فى المعاملات الشرعية على المذهب الحنفى يعيد الرغبة فى تفهم أحكامها بعد أن مضى على الرغبة عنها حين من الدهر سيما بعد وضع القانون المدنى الأهلى والعمل به بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ٢٦ ذى الحجة سنة ١٣٠٠ (٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣) وتخصيص المحاكم الشرعية بالنظر فى قضايا الأحوال الشخصية. اذ المعهود فى جميع الأزمنة والأمكنة أن العلم الذى لايكون العمل جاريًا على مقتضاه فى جهة من الجهات تنصرف عنه الأفكار. ولا يكون الاقبال عليه ممن يضطرون الى ذلك لأداء امتحان مثلا الا ليحصلوا منه على أقل مايوصل الى النجاح ولا يلبث بعد ذلك الا مقدار مايلبث النقش على الماء والرسم

على صفحات الهواء ولولا المحافظون عليه من السادة الأعلام وشراح القوانين المدنية الذين يرجعون الى كتب الفقه لخيف على هـذا القسم العظيم . فرغبنا فى تعميم تعليمه وتعلمه حتى يكون له من عناية الأمـة المصرية مالقسم الأحوال الشخصية منها حتى لا تتطرق اليه عوامل الاضمحلال والفناء لأن الله جل شأنه لا ينتزع العلم من الصدور انتزاعاً وانما ينتزعه بموت أهله

ولقد أجلنا النظر وسرحنا الفكر فى جميع الوسائل التى تؤدي الى هذه الغاية الشريفة فبعد استطلاع آراء أعاظم العلماء وأكابر المفكرين وبعد الوقوف على رغبات كثير من طلبة العلوم الشرعية والقانونية وجدنا شبه اجماع على أن أفضل الوسائل وأسهل الطرق التى توصل الى نيل تلك الأمنية عمل كتاب فى هذا القسم يجمع بين سهولة التعبير ووضوح المعنى وحسن الترتيب وبين ارداف الأحكام الشرعية للمسائل الكثيرة الحصول بنظائرها من أحكام اللوائح والقوانين الجارى عليها العمل فى القطر المصرى السعيد ليجتمع لمن يطلع عليه فائدة سهولة فهم الأحكام الشرعية مع فائدة الالمام بشىء من الأحكام الأهلية ليأخذ كل منه ما يريد

نعم ان الرأى صواب والرغبات شريفة وشبه الاجماع حجة يجب اتباعها ولكن يالالأسف دون ذلك أهوال. فان عملا كهذا تنوء بحمله العصبة أولو القوة لايستطيع مثلنا أن يقوم به خير القيام لعدم اطلاعنا على أسرار القوانين واللوائح اطلاعاً يمكننا من ذلك. فلهذا تجاذبنا عاملا الرغبة فى المنفعة العامة فنقدم رجلا نحو العمل. والرهبة من عدم القدرة

على القيام به كما ينبغي فتؤخر أخرى وما زال هذا التجاذب متساوى القوة حتى قام الكثير من الأدلة على أن لنا من الشفاعات مايتلاشى أمامه كل خطأ أو تقصير مهما كان جسيما فمن هذه الشفاعات الابتكار وعدم اتساع الوقت لمراجعة القوانين واللوائح الجارى عليهما العمل الآن وأهم شفعائنا حسن القصد وارادة النفع العام والخير المحض والسعادة الدائمة لبني الانسان فتغلبت حينئذ الرغبة على الرهبة وتوجهت العزائم الى وضع هذا الكتاب توجه من يبتغي من عمله الثواب من الله وحسن الظن من الناس والأمل في جانب الله وطيد أن يوفق من هم أقدر منا على هذا العمل الى القيام بتلك الخدمة الشريفة فيصلحوا بعظيم مؤلفاتهم من الخطأ مالم نقصده ويذكروا من المباحث الهامة مالم نذكره ويوضحوا من حكم الأحكام وأسرار القوانين مالم تصل اليه عقولنا وما وقفت دون الوصول اليه أبحاثنا انه أكرم مسئول،

ولقد رأينا بعد الاطلاع على كثير من الكتب القانونية واللوائح الادارية المعمول بها الآن أن نجعل عمدتنا في تدوين الأحكام القانونية على شرح القانون المدني لسعادة نابغة المشرعين أحمد باشا فتحى زغلول مع الرجوع عند الاقتضاء الى غيره من اللوائح والقوانين وليلاحظ القارئ أنه اذا أطلق لفظ شرح القانون أو شارح القانون بدون تقييد فالمراد به الشرح المذكور ومؤلفه

وسوف نذكر أهم المراجع الشرعية والقانونية في جدول خاص بها في نهاية الكتاب

ولما كانت المعاملات الشرعية من المقررات الدراسية لطلبة الحقوق رأينا اتماماً للفائدة أن يوضع هذا الكتاب على نمط يوافق مناهج التعليم التى يدرسون على مقتضاها لأنهم أحوج من غيرهم الى كتاب كهذا ولهذا السبب رأينا أن يكون من الاختصار بحيث يمكن دراسته فى الأوقات التى خصصت لدراسة هذا العلم فلم نذكر في مسائل الخلاف الشرعية الا الرأى المعتمد أو الذى عليه الفتوى أو ماأشبه ذلك اللهم الا ماتمس الحاجة الى ذكره من آراء الأئمة الا خرين لكونه أنسب لعادات الزمان والمكان أو موافقا لأحكام اللوائح والقوانين

ونظراً لكون هؤلاء الطلبة لايعلمون قبل التحاقهم بمدارس الحقوق شيئاً يذكر من أحكام المعاملات الشرعية ولا يعرفون المصادر التى أخذت منها ولا سبب اختلاف الأئمة فى الأحكام ولانحو ذلك مما يجب أن يكون طالب العلوم الشرعية على بينة منه رأينا أن نبتدئ التأليف بنبذ وجيزة فى معنى الشريعة والمصادر التى أخذت منها الأحكام وكيف أخذت وأشهر الأئمة المجتهدين وأسباب الاختلاف فى المسائل وغير ذلك مما يكون ذكره على قلته مدعاة الى توجيه الاذهان الى الاسترسال فى معرفة الكثير من أحكام أصول الفقه لأنه لاغنى لطالب العلوم الفقهية عن معرفة هذا العلم حتى يكون على بينة مما هو لموضوع دروسه بمنزلة الأساس للبنيان بل الأصل للفرع راجين من الكريم المنان أن يبعدنا عن مواطن الزلل وأن يلهمنا الصواب فى القول والعمل وأن يعم النفع به فى ظل من يسير بأمته فى سبيل الارتقاء العلمى والعملى الى غاية يقصر دون الوصول اليها عظماء المشرقين والمغربين مليك مصر

وعزيزها المحبوب ﴿ عباس باشا حلمي الثاني ﴾
خلد الله ملكه وأيده بروح منه ليتم مقاصده الشريفة من اسعاد البلاد والعباد بمؤازرة وزرائه الفخام ورجال حكومته الكرام وأدامه قرير العين منشرح الصدر بحفظ الآل والأنجال انه أكرم مسئول



تعريف الشريعة

للشريعة ثلاث معان: معني في اللغة. ومعنى في الشرع. ومعنى في اصطلاح علماء القانون

فمعناها لغة مَشْرَعَةُ الماء أي المكان الذى ينحدر منه للشرب وتطلق أيضا على ما أنزله الله من الدين ومثلها في ذلك الشِّرْعَةُ والشَّرْعُ قال الله تعالى «ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الأَمر فَاتَّبِعْهَا وَلاَ تَتَّبِعْ أَهوَاءَ الَّذِينَ لاَ يَعلَمُونَ» وقال جل وعلا «لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُم شِرْعَةً ومِنهَاجاً» وهى بهذا المعنى مأخوذة من شَرَعَ الدينَ يَشرَعُه شَرعاً اذا سنَّه وأظهره كما في قوله تعالى «شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَاوَصَّى بِهِ نُوحاً» وقوله «شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَالَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللهُ»

ومعناها شرعا ما أنزل الله لعباده من الأحكام على لسان رسله الكرام ليخرج الناس من الظلمات الى النور باذن ربهم. ويهديهم الى صراط العزيز الحميد. فيجتنوا من رياض الراحة والطمأنينة ثماراً يانِعةً ويستقوا من ينابيع السعادة والهناء شراباً سائغاً للشاربين

وأما معناها اصطلاحاً فيختلف باختلاف مراد العلماء بها ويمكن تعريفها على وجه العموم أي لا بقيد كونها إلهية أو وضعية بأنها «مجموع قواعد وأحكام أمِرَ الناس باتباعها لحفظ نظام الاجتماع الانساني»

تاريخ الشرائع

اتفقت كلمة العلماء من شرعيين وغيرهم على أن تاريخ الشرائع مقارن لتاريخ العمران فى هذا الوجود ومستند الشرعيين فى ذلك ثبوت رسالة سيدنا آدم أبى البشر عليه السلام ولا رسالة الا بشريعةٍ تبين الحقوق والواجبات لذراريه واتفاق الشرعيين وغيرهم على أنه لاعمران الا باجتماع ولا اجتماعَ الا باتفاق على كيفية نيل المعاش واقتسام الأرزاق ولا اتفاق الا بقواعد تُحدِّدُ حقوق كل فرد وواجباته ولا توجد هذه القواعد ولا تدوم الا بوجود سلطة تقررها وتحافظ عليها. وأول جمعية بشرية هى الأسرة المكوّنة من الأب والأم والأولاد وهى على صغرها لا يمكن حفظ نظامها لولا وجود الأب رئيساً لها يشرع لها قواعد الاجتماع وينفذها بسلطته .

والشرائع فى الشرق أقدم منها فى الغرب لأن الأمم الشرقية أقدم من الأمم الغربية ولأن الشرق مهبط الوحى الالهى . وقد قرر العلماء أن مصدر الشرائع هو التنزيل ورتبوا على ذلك أن انبثاقها من هذا المصدر كان سبباً قوياً لدوامها وترقيتها فهى والدّين حينئذ توءمان ولدا معاً بل كانا جسماً واحداً لأن كل شريعة كانت فى مبدإ أمرها دينية مدنية فالواجبات التى فرضت فيها على الانسان نحو معبوده هى القسم الدينى والتى فرضت فيها عليه نحو بنى جنسه هى القسم المدنى ولم ينفصل هذان القسمان عند بعض الامم ويتخذ كل منهما هيئة مستقلة الا فيما بعد

الأحكام الشرعية

والمصادر المأخوذة منها

الأحكام الشرعية تنقسم الى قسمين : أحكام تكليفية وأحكام وضعية. فالتكليفية هي التى كلف الله بها عباده وهى عند علماء الحنفية سبعة : الوجوب. والفرضية. والندب. والتحريم. والكراهة التحريمية والكراهة التنزيهية. والتخيير - وعند غيرهم خمسة وهى : الوجوب. والندب. والتحريم والكراهة. والتخيير

والوضعية هى جعل الشىء سبباً أو شرطاً أو مانعاً. وكونه صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً. أو عزيمةً أو رخصةً. وسيأتى بيان بعض الأحكام فى الكلام على العقود. ومن يريد التوسع فى معرفتها فليراجع كتب أصول الفقه

والمصادر المأخوذة منها تلك الأحكام أربعة وهى : الكتاب. والسنة. والاجماع. والقياس. وزاد الحنفية الاستحسان ويذكرونه كثيراً فى مقابلة القياس

فالكتاب هو القرآن الكريم وهو أصل الأصول والمرجع الأول لمن يريد استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة

والسنة أى الأحاديث النبوية - هى كل ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم قولاً او فعلاً أو تقريراً وهى المرجع الثانى بعد كتاب الله

والاجماع هو اتفاق الفقهاء فى أى زمان على أمر - وهو ثالث الأصول التى يرجع اليها المجتهد اذا لم يجد فى كتاب الله وسنة رسوله دليلاً على حكم شرعي .

والقياس هو الحاق حكم ليس له نص صريح فى أحد الأصول الثلاثة السابقة بحكم له نص فى أحدها لاشتراكهما فى علة الحكم . فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذ بن جبل الى اليمن قال له « بِمَ تَقْضِى قَالَ بِكِتَابِ اللهِ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ قَالَ فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ قال أَجْتَهِدُ رَأْيِى » فأقره النبي على ذلك . وقال عمر بن الخطاب في عهده لأبي موسى الأشعرى حين ولاّه القضاء «القضاءُ فريضةٌ مُحكَّمة أو سنةٌ متبعةٌ ـ ثم قال ـ الفهمَ الفهمَ فيما تلجلج فى صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة فاعرف الأشباه والأمثال وقِس الأمور عند ذلك واعمدْ الى أقربها الى الله وأشبهها بالحق»

والاستحسان مبنى على قاعدة أن كل أصل شرعى لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح ينبنى عليه ويرجع اليه اذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به . وقد قالوا ان الاستحسان قياس خفيت فيه العلامة بين المقيس والمقيس عليه من الأحكام . وبهذا الاعتبار تكون المآخذ أربعة فقط

استنباط الأحكام الشرعية

من مصادرها

أول من استنبط الأحكام الشرعية من مصادرها على أصح الأقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان يفتى الناس بما يؤديه اليه اجتهاده في فهم الكتاب الكريم ان لم يكن في التنزيل نص لحكم الحادثة التى

أفتى فيها. وقد سار على نهجه فى الاستنباط كثير من الصحابة والتابعين وغيرهم من علماء المسلمين فى مشارق الأرض ومغاربها بطريق الاجتهاد والنظر الصحيح . وقد بلغ عدد المجتهدين من الصحابة نحو مائة وثلاثين مجتهداً من أشهرهم عمر بن الخطاب وعلىّ بن أبى طالب وعبدالله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين رضوان الله عليهم أجمعين. أما المجتهدون من التابعين وغيرهم فأكثر من أن يحصوا ولهذا وجدت مذاهب كثيرة فى صدر الاسلام وما يليه ولكن أكثرها تلاشى بتلاشى متبعيه

وأشهر مابقى من المذاهب الى الآن متبعاً بين أكثر الأمم الاسلامية أربعة وهى : مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة النعمان . ومذهب الامام مالك . ومذهب الامام الشافعى. ومذهب الامام أحمد ابن حنبل رضى الله عنهم أجمعين

ولما كانت هذه المذاهب الاربعة أهم مصادر الخير والسعادة للعالم الاسلامى خصوصا ولجميع الأمم الأخرى التى ارتقت فى مدارج التشريع وسن القوانين الى أرقى المراتب عموماً وجب أن نذكر نبذة من سيرة كل منهم قياماً بواجب حمدهم على جليل صنعهم

الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان

هو الامام أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفى رضى الله عنه وقد اختلف فى تاريخ ميلاده اختلافاً بيناً مابين سنة احدى وستين ، وسنة ثمانين هجرية وهو أكبر الأئمة الأربعة سناً وأسبقهم اجتهاداً وأوسعهم

شهرة. أدرك أنس بن مالك الصحابي المحدّث الشهير ونفع الله به العالم الاسلامي أكثر مما نفع بغيره فقد اجتمع على اتباع ماقرره من الاحكام الشرعية ما يقرب من نصف المسلمين . كان لا يضع مسألة فى العلم حتى يجمع أصحابه ويعقد عليها مجلساً فاذا اتفق أصحابه كلهم على موافقتها للشريعة قال لأحد أصحابه ضعها فى الباب الفلانى . وكثيراً ماكان يصلى الفجر والعشاء بوضوء واحد ولم يسمع قط حالفاً أثناء حديثه وقد كان فى أول أمره مشتغلاً بعلم الكلام ثم تفرغ للاشتغال بالفقه على أبى اسماعيل حماد بن أبى سليمان مدة ثمان عشرة سنة وهو شيخ وقور لم يُرَ أفقه ولا أورع منه فى زمانه . وقد تلقى حماد الفقه عن علقمة والأسود وهما تلقياه عن عمر بن الخطاب وعلىّ بن أبى طالب وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم أجمعين . وتوفى سنة مائة وخمسين هجرية

الامام مالك

هو الامام مالك بن أنس رضى الله عنه . ولد هذا الامام بالمدينة سنة ثلاث أو أربع أو خمس وتسعين هجرية . وكان حسن الهيئة يكره الثياب الخلقة ويعد ذلك مُثْلَة - وكان لا يركب فى المدينة مع ضعفه وكبر سنه احتراماً لبلد فيه جثة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وكانت وجوه بنى هاشم تقبل يده احتراماً له. وقد بلغت درجة الأمانة على العلم عنده الى درجة لم تبلغها نفوس كثير من العلماء ومن ذلك انه جاءه رجل ليستفتيه فى مسألة فقال له « لا أحسنها » فقال له وقد ضربت اليك الأرض من كذا وكذا لأسألك عن هذه المسألة وتقول لى لا أحسنها

ماذا أقول لأهلي. قال له قل لهم « سألت مالكا فقال لا أحسنها » ومن مآثره الخالدات كتابه المُوَطّأ الذي هو خير كتاب ظهر في عصره. ولما أتم جمعه عزم أبو جعفر المنصور على أن يحمل الناس عليه قراءةً وحفظاً فقال له لا تفعل ياأمير المؤمنين فان الناس قد سبقت اليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق لهم وعملوا به وقد أصبح ردهم عما اعتقدوه شديداً فدع الناس وماهم عليه. توفى بالمدينة سنة مائة وتسع وسبعين هجرية ودفن بالبقيع

الامام الشافعي

هو الامام محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع ولد بالشام سنة مائة وخمسين للهجرة ثم استوطن مكة مدة من الزمن وصار يتردد بين الحجاز والعراق ثم أقام بالقاهرة حتى مات

تلقى العلم عن كثير من أكابر العلماء منهم الامام مالك بن أنس ومسلم بن خالد وابن عُيَيْنَة وعمه محمد بن شافع وغيرهم. وكان شديد الذكاء قويّ الحافظة، حفظ الموطأ في ليال معدودات ودوّن مذهبه الجديد في مصر وقد كثر مقلدوه فيها ثم انتشرت آراؤه بالعراق وخراسان والداغستان وما وراء النهر. وقال أحمد بن حنبل ماأحد يحمل محبرة من أصحاب الحديث الا وللشافعي عليه مِنّة. وقال ماعرفت ناسخ الحديث من منسوخه حتى جالسته. وقد دوّن كتاب الأم فجاء خير كتاب في اصول الشريعة الغراء وأحكامها وفروعها. توفى في خلافة المأمون سنة مائتين وأربع من الهجرة

الامام احمد بن حنبل

هو الامام أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل ولد ببغداد سنة مائة وأربع وستين هجرية وروى العلم والحديث عن كثير من أكابر العلماء والمحدثين منهم سفيان بن عُيَيْنَةَ وابراهيم بن سعد والشافعي وغيرهم .

كان حسن الخَلق والخُلق ربعة القامة ولم يكن في آخر عصره له مثل في العلم والورع . قال الشافعي : خرجت من بغداد وما خلفت فيها أتقى ولا أفقه من ابن حنبل . ومقلدوه قليلون لبعد مذهبه عن الاجتهاد واعتماده في جميع آرائه على معاضدة الروايات والأخبار بعضها لبعض

وكان كثيراً ما يتمثل بقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه اذا مدحه مادح : « اللهم اجعلني خيراً مما يظنون واغفر لي مالا يعلمون ولا تؤاخذني بما يقولون » توفي رحمه الله ببغداد سنة مائتين وأحد وأربعين ودفن بها

أصحاب الأئمة الأربعة

لكلٍّ من الأئمة الأربعة أصحاب تلقوا عنهم الأحكام التي استنبطوها والقواعد التي قرّروها فنبغ من بينهم في كل مذهب أفراد مجتهدون قاموا بتحرير مذهب امامهم وممن اشتهر بتحرير مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة من أصحابه : أبو يوسف يعقوب الانصارى . ومحمد ابن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل ولهذا يوجد لكل واحد منهم آراء في المذهب مَعزُوَّة اليه

كيفية الاستنباط

كان استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء الراشدين أيسر على المجتهدين من كل عهد آخر وذلك أنهم كانوا يعمدون مباشرة الى المصادر الأربعة « الكتاب والسنة والاجماع والقياس » فيأخذون منها أحكام المسائل التى تحدث لهم ولمن يستفتيهم من الناس ولم يكن ثمت قواعد تجب مراعاتها عند ارادة الاستنباط لأن اللغة العربية التى هى مدار تفهم الأحكام وأدلتها كانت اذ ذاك غضة الشباب لم يفسدها الامتزاج بلغة الأعاجم . ولم يزل هذا سبيل المجتهدين الى أن كثر اختلاط العرب بغيرهم ففسد اللسان العربى وحينئذ فكر العلماء فى وضع قواعد تجب مراعاتها على من يريد الاستنباط فوضعوا من القوانين مايتخذ أساساً لذلك وسموها أصول الفقه وعرفوها بأنها « قواعد يتوصل بها الى استنباط الأحكام الشرعية العملية من الأدلة » والمشهور أن أول من دوّن هذه القوانين الاصولية هو الامام الشافعى رضى الله عنه فوضع فيها رسالة صغيرة كانت لهذا العلم كالأساس الذي يشاد عليه ثم كثرت المؤلفات الأصولية واتسعت أبحاثها فى جميع المذاهب الاسلامية المنتشرة الآن . وهذا العلم قد صار من الضرورى معرفته لكل مجتهد وكل مفت وكل طالب يهمه أن يعرف كيف استنبطت الأحكام

طرق وضع القواعد الأصولية

ان العلماء الذين دونوا اصول الفقه لم يتفقوا على طريقة واحدة يتبعونها فى تقريرهم لتباعد أقطارهم واختلاف آرائهم فذهب فريق منهم الى تقرير القوانين الاصولية على طريقة المتكلمين وهى أن ما أيدته العقول والحجج من القواعد أثبتوه وما خالف ذلك نفوه من غير التفات الى موافقة فروع المذاهب لها أو مخالفتها اياها ومن هؤلاء الشافعية والمالكية . وهذه أمثل الطرق وأحراها بالاتباع

وذهب علماء الحنفية الى تقرير القوانين بتطبيق فروع المذهب عليها فيقررون قواعد أصول فقههم على مقتضى ما نقل من الفروع عن أئمتهم . واذا ترتب على القاعدة مخالفة فرع فقهى لها شكلوها بالشكل الذي يتفق معه فكأنهم انما دونوا الاصول التى ظنوا أن أئمة المذهب اتبعوها فى تفريع المسائل ولهذا كثرت الفروع الفقهية فى مذهب الحنفية لانها فى الحقيقة أصول تلك القواعد وهذه القواعد تتخذ أدلة لاثبات المسائل الفقهية وتفهمها فى بادئ الأمر. فذكرها كما قال صاحب مجلة الأحكام الشرعية فى مقدمة المؤلفات الفقهية يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررها فى الاذهان. ثم ان بعض هذه القواعد اذا انفرد قد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات وذلك لا يقدح فى عموميتها لان بعض هذه القواعد يخصص ويقيد بعضا واليك نموذجا من هذه القواعد منقولا من مجلة الاحكام الشرعية

(١) الأمور بمقاصدها ـ أى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود منه ـ فمن قصد صيداً فقتل انسانا لا يقتل به

(٢) العبرة في العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبانى

(٣) القديم يبقى على قدمه ـ كحق الشرب والمجرى والمسيل والمرور يبقى على حاله القديم ما لم يقم دليل على خلافه

(٤) الضرر لا يكون قديماً ـ كالمسيل القذر في طريق عام أو خاص لا يعتبر قدمه ويزال

(٥) ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم دليل على خلافه

(٦) الأصل اضافة الحادث الى أقرب اوقاته ـ فلو تزوج مسلم ذمية ومات فادعت اسلامها قبل موته وادعى الوارث اسلامها بعده فالقول له ما لم يثبت خلافه بالبينة وكذلك القول للبائع فى حدوث العيب عند المشترى لا عنده

(٧) الأصل فى الكلام الحقيقة

(٨) لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح

(٩) لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص . أى ما كان معناه واضحا كقوله تعالى « وأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وحَرَّمَ الرِّبَا » لا يسوغ الحكم فيه بخلافه بحمله على معنى آخر

(١٠) ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه ـ كعدم قتل الأصل بفرعه لا يقاس عليه غيره

(١١) الاجتهاد لا ينقض بمثله ـ فلو رفع لقاض حنفى حكم قاض

شافعي لا ينقضه ولو خالف مذهبه

(١٢) المشقة تجلب التيسير . على هذه القاعدة بُنِيَ كثير من الاحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر والرُّخص والتخفيفات في الاحكام الشرعية كالفطر في السفر والمرض وبيع ما يتلاحق آحاده . وبيع الاستجرار

(١٣) لا ضرر ولا ضرار ـ الضرار هو ما كان بين فريقين كل منهما يضر الآخر

(١٤) الضرر يزال

(١٥) الضرورات تبيح المحظورات

(١٦) الضرورات تقدر بقدرها

(١٧) الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف . أي يرتكب أهون الشرّين .

(١٨) الاضطرار لا يُبْطِلُ حَقَّ الغير ـ فلو اضطر انسان الى أكل مال الغير للجوع ضمن قيمته او مثله

(١٩) العادة مُحَكَّمَةٌ ـ أي تتخذ أساساً لحكم شرعي سواء كانت عامة أو خاصة

(٢٠) لا يُنكَرُ تغير الاحكام بتغير الزمان

(٢١) انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت. والعبرة للغالب الشائع لا للنادر .

(٢٢) المعروف عرفا كالمشروط شرطا . كبقاء الثمر المبيع حتى ينضج بدون اشتراط البقاء

(٢٣) اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه . فاذا بطلت شركة العقد بطلت الوكالة التي في ضمنها

(٢٤) اذا بطل الأصل يصار الى البدل . فاذا هلك المغصوب يرد بدله .

(٢٥) يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء . فلو وهب أرضا ثم استحق بعضها بعد التسليم فلا تبطل الهبة في الباقي مع أنه مشاع

(٢٦) اعمال الكلام خير من اهماله . أي لا يهمل الكلام ما دام يمكن حمله على معنى

(٢٧) اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز . فلو أوصى لأبناء فلان وليس له الا أبناء أبناء حمل عليهم

(٢٨) اذا تعذر أعمال الكلام أهمل

(٢٩) الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

(٣٠) لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان . أي لا يقال لساكت انه قال كذا . ولكن اذ سكت عند لزوم التكلم كان سكوته اقرارا وبيانا كما اذا رأيت من يتصرف في شيء تصرف المالك بلا اذن منك وسكت بلا عذر يعد ذلك اقرارا منك بأنك غير مالك له

(٣١) الاشارات المعروفة للأخرس كالبيان باللسان

(٣٢) البينة على من ادعى واليمين على من أنكر

(٣٣) البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل

(٣٤) البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة

(٣٥) الأجر والضمان لايجتمعان

(٣٦) الغُرْم بالغُنم

(٣٧) يضاف الفعل الى الفاعل لاالآمر ما لم يكن مجبرا

(٣٨) اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر ـ فلو حفر انسان حفرة فى الطريق العام فالقى فيها آخر حيوانا لشخص فهلك ضمنه الملقى

(٣٩) الجواز الشرعى ينافى الضمان . فلا يضمن من وقع فى بئره حيوان آخر فهلك

(٤٠) المتسبب لا يضمن الا بالتعمد . فلو وضع شخص في منزله سماً فأكله انسان ومات لايضمن

(٤١) المباشر ضامن وان لم يتعمد . فمن رمى صيداً فأصاب انساناً فعليه ذنبه

(٤٢) من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . فمن باع مالا على أنه له ثم ادعى انه ليس له لا تسمع دعواه

فاذا حدثت مسألة من المسائل التى تريد أن تعرف حكمها فأرجعها الى قاعدة من هذه القواعد أو غيرها مما لم يذكرهنا واحكم عليها بما هو منصوص فيها فمثلا اذا صرف من ينتفع بدابة غيره بلا عوض جنيها فى مؤونتها وطالب صاحبها بدفعه له بعد انتهاء الانتفاع وأردت الفصل بينهما حسبما تقتضيه نصوص الشريعة الغراء فابحث فى قواعد الاصول عما يشمل حكم هـذه الحادثة واحكم عليها بما يؤخذ منها

والحكم في هـذه المسألة يعلم من قاعدة « العزم بالغنم » وكذلك اذا كان المنتفع به بلا عوض أرضاً واختلف فيمن يجب عليه الخراج الى غير ذلك ـ ولما كان اختلاف المجتهدين فى المسائل الفقهية يوهم أنه اختلاف فى كليات الأحكام وأصولها ناسب ان نذكر أسباب اختلافهم ازالة لهذا الوهم فيما يلى

اسباب اختلاف المجتهدين

فى الاحكام

اختلاف المجتهدين فى الأَحكام الشرعية من جهة الحل والحرمة والصحة والفساد والبطلان انما هي فى الجزئيات الاجتهادية منها فقط لا في الكليات ولا فى مورد النص من الجزئيات لان الكليات قطعية يقينية فلا خلاف فيها ولان الجزئيات التى دل عليها دليل صريح لا يحتمل التأويل لتواتره ووضوحه كحل البيع وحرمة الربا المأخوذ من قوله تعالى « وَأَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا » لا مساغ للاجتهاد فيها

والمراد بالكليات فى الشريعة الاسلامية ما كان لحفظ الضروريات والحاجيات والكماليات فالضروريات هى التى لا بد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث لو فقد شئ منها لم تجر مصالح العالم فى هـذه الدنيا على نظام بل على فساد وفوت حياة ولم يفز أحد فى الآخرة بالنجاة والنعيم المقيم وقـد حصرها الامام الشاطبى فى خمسة أشياء وهى حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل ويجمع ذلك الأَمر بالمعروف والنهي

عن المنكر . والحاجيات هي ما يفتقر اليها الانسان من التوسعة ورفع التضييق المؤدى فى الغالب الى الحرج والمشقة فى الجملة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العام وذلك كحل الصيد والتمتع بالطيبات من الرزق فى المأكل والمشرب والملبس والمسكن والمركب وكالمزارعة والمساقاة والسلم وبيع ما تتلاحق آحاده قبل ظهور بعضه ودخول التوابع بلا ذكر فى العقد على المتبوعات وغير ذلك . والكماليات هى الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الاحوال التى تعافها العقول الراجحة ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق وذلك كمراعاة آداب الأكل والشرب والزيارة وكمنع بيع النجاسات وفضل الماء والكلأ وما أشبه ذلك فهذه الأمور راجعة الى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية اذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضرورى ولا حاجي وانما جرت مجرى التحسين والكمال .

وأسباب الاختلاف كثيرة . منها أن يكون النص خفيا لم ينقله الا قليل من الناس فلم يبلغ جميع المجتهدين . ومنها أن لا يكون له نص صريح كأن يؤخذ من عموم أو خصوص أو مفهوم أو قياس فتختلف أفهام العلماء في هذا كثيراً . ومنها أن يكون فى الحكم أمر أو نهي فتختلف العلماء فى حمل الامر على الوجوب أو الندب وفي حمل النهي على التحريم أو التنزيه . ومنها أن يكون من جهة اشتراك الالفاظ واحتمالها للتأويلات كلفظ (القُرْء) فى قوله تعالى « وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ » فقد ذهب الحجازيون من الفقهاء الى أنه الطُّهر وذهب العراقيون الى أنه الحيض ولكل من الفريقين أدلة من

الحديث واللغة ومنها ما ينشأ بسبب الحقيقة والمجاز والافراد والتركيب ورواية الحديث ورُواته تعديلاً وتجريحاً الى غير ذلك

اقسام الشريعة الغراء

تنقسم الشريعة الغراء من حيث موضوعها الى قسمين

الاول ـ ما يتعلق بكيفية الاعتقاد ويسمى أصلياً واعتقادياً وقد دوّن له العلماء علم الكلام وهو ما يبحث فيه عن معرفة الله وملائكته ورسله واليوم الآخر وما فيه من بعث ونشور وحساب وجزاء على الأعمال .

الثاني ـ ما يتعلق بكيفية الأعمال ويسمى فرعياً وعملياً وقد دوّن له العلماء علم الفقه وعرفوه بانه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية . وهذا القسم ينقسم الى قسمين : الاول ما يتعلق بأمور الآخرة وهو العبادات . والثاني ما يتعلق بأمور الدنيا وهو على سبيل الاجمال ثلاثة أنواع وهي : الاحوال الشخصية . والمعاملات . والعقوبات . وتعليم ما يتعلق بكيفية الاعتقاد وبأمور الآخرة من العبادات في البلاد المصرية منتشر فى المعاهد الدينية والمكاتب الأولية والمدارس الابتدائية وتعليم قسم العقوبات الشرعية خاص بالمعاهد الدينية وأما الاحوال الشخصية والمعاملات فكما تعلم في المعاهد الدينية تعلم في المعاهد الأخرى التى تعني بتدريس الشرائع والقوانين وقد وضع فى الاحوال الشخصية من المؤلفات ما صار وافياً بحاجة من يعني بمراجعتها اذ منها المطول لمن يريد اتساع دائرة فكره في مباحثه

ومنها المتوسط لمن يكتفى بمعرفة الأحكام المعول عليها دون الخلافيات المذهبية ومنها المختصر لمن لم يسمح له وقته بمراجعة المطولات

وأما قسم المعاملات فلم يكن له من عناية المؤلفين ما كان لسابقه فلهذا وجهنا العزائم الى تأليف هذا الكتاب على النمط الذى بيناه في مقدمته راجين من الله أن ينفع به انه أكرم مسئول

قسم المعاملات

(المعاملات جمع معاملة وهى تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات). وهذا القسم من أهم أقسام الشريعة الاسلامية اذ حول محور العمل بأحكامه يدور نظام هذا العالم ويرتقى المجتمع الانسانى الى أرقى ذرا الحضارة والعمران ويبلغ منتهى السعادة الأبدية . ومن تدبر قوله عليه الصلاة والسلام « الدِّينُ المُعَامَلَةُ » علم أن تعلم أحكام هذا القسم والعمل بها من الفروض العينية على كل قادر على الكسب من رجال ونساء لأنه لا غنى لأحد عن الأخذ والاعطاء ليستكمل كل فرد ما ينقصه من لوازم هذه الحياة الدنيا فى مقابلة ما يعطيه مما يحتاج اليه الآخرون اذ الانسان مدنى بالطبع

وقد عقد الامام الغزالى رضى الله عنه مبحثاً خاصاً في بيان فضل الكسب من أشرف وجوهه والحث على تعلم العلوم الموصلة اليه ولا يكون الكسب شريفا الا اذا كان طبق ما أمر الله به مستدلا على ذلك بكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وآثار الصحابة والعلماء اذ الدنيا مزرعة الآخرة ومدرجة اليها

ومما يستدعى مزيد العناية بالتوسع في دراسة هذا القسم كونه من أفضل وأوسع المراجع لشراح القوانين المدنية ومن يريد الدليل على ذلك فلينظر الى أسماء المراجع العربية التى اعتمد عليها نابغة مصر سعادة القانونى المحترم «أحمد فتحى باشا زغلول» في شرح القانون المدني «صفحة ٩» وكفى بذلك دليلا

مباحث قسم المعاملات

المباحث التى اشتمل عليها هذا القسم تنحصر على سبيل الاجمال فيما يأتي وهي :

الأَموال. وأسباب الملك وانتزاعه. والمداينات. والعقود على العموم «وهذه المواضيع الأربعة تعتبر كمقدمة لموضوع هذا القسم ومايلى هو المقصود منه» والبيع. والأجارة. والمزارعة. والمساقاة. والشركة. والعارية. والقرض. والوديعة. والكفالة. والحوالة. والوكالة. والرهن. والصلح. والابراء ولكل من هذه المباحث تفصيل وبيان يذكر فى محله ان شاء الله تعالى

كتاب الأموال

ينحصر الكلام على المال في تعريفه وأنواعه وما يتعلق به من الحقوق التى يكون بها التصرف فيه. وبيان الملكية وملك المنفعة وحق الانتفاع سواء كان بالاستغلال أو السكنى. وما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف وما يجب عليه من الضمان. وانتهاء حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحقوق المعاملات الجوارية واليك بيان كل

تعريف المال

للمال ثلاثة معان معنى في اللغة ومعنى في الشرع ومعنى في اصطلاح القانون .

فمعناه لغة كل ما يقتنى ويملك من الأعيان وكان في الأصل خاصاً بالذهب والفضة ثم أطلق على كل ما ينتفع به واذا أطلق المال عند العرب ينصرف الى الابل لأنها أفضل أموالهم

ومعناه شرعاً ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة . ولا فرق بين أن يكون زمن الادخار طويلاً كما في الأمتعة والأعيان التي لا تتلف بالمكث أو قصيراً كما في الاشياء التي يتسارع اليها الفساد

(ومعناه في اصطلاح القانون « كل شيء نافع للانسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره » (شرح القانون ص ٤٤) فهو أعم من المعنى الشرعي عند الحنفية وموافق له عند الشافعية والمالكية لاعتبارهم المنافع أموالا

أنواع الأموال

ينقسم المال الى نوعين . متقوِّم وغير متقوم

فالمتقوم « أي الذي له قيمة في نظر الشريعة الاسلامية » هو ما يباح استعماله شرعاً في حالة الاختيار ومنه ما سبق بيانه في التعريف

وغير المتقوم « أي الذي لا قيمة له في نظر الشريعة الاسلامية» هو ما ثبتت ماليته عند بعض الأمم ولا يباح استعماله شرعاً في حالة الاختيار كالخمر والخنزير أما في حالة الاضطرار فيباح للانسان أن يتناول منهما ومن غيرهما ولو كان ميتة ما يسد رَمَقَهُ ويزيل ظمأه ويستمر على ذلك حتى يزول اضطراره لأن الضرورات تبيح المحظورات

وما لم تثبت ماليته من الأشياء عند أمة من الأمم لا يسمى مالا أصلا وذلك كالميتة التى ماتت حتف أنفها ما عدا السمك والجراد فانهما يعتبران أموالا ولو بعد موتهما لحل استعمالهما شرعا حينذاك ما لم يتعفنا ويعتريهما الفساد. وكالدم المسفوح أى السائل الذى ينفصل من الحيوان سواء كان بالذبح أم بغيره أما غير المسفوح كالكبد والطحال فيباح استعماله اذا كان من حيوان مذكي ذكاة شرعية والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ السَّمَكُ وَالْجَرَادُ وَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ »

والمراد بالميتة التى لا تسمى مالا ما يفسد منها بالموت كاللحم والشحم أما ما لا يفسد كالجلد والصوف والعظم والقرون والأظلاف والحوافر والأعصاب فانها تطهر بالدبغ والتنظيف وتعتبر أموالا متقومة ما لم يكن شىء منها من أجزاء الكلب أو الخنزير أو ما تولد منهما أو من أحدهما لأن أجزاءها نجسة العين فى الحياة وبعد الممات . وما كان كذلك لا يطهر بالدبغ والتنظيف

(ولم يتعرض القانون المدنى لهذه الفروق)

وينقسم المال المتقوم الى عقار ومنقول

فالعقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر وهو خاص بالأراضى سواء كانت للزراعة أم للبناء أم لغيرهما ، وقال الامام مالك : هو ما لا يمكن نقله بدون أن تتغير صورته فيدخل فيه عنده

البناء والأشجار وكل ما وضع في الأرض على سبيل القرار كالآلات الرافعة المثبتة

والمنقول هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر سواء تغيرت صورته بالنقل أم لا وسواء انتقل بنفسه أم بواسطة غيره فيدخل فيه البناء والأشجار لامكان نقلهما بعد تغيير صورتها وقال الامام مالك إنّ المنقول هو ما يمكن نقله بدون أن تتغير صورته

وقد جرى القانون فى تعريف العقار والمنقول على مذهب الامام مالك إلا أن القانون أدخل فى العقار الحقوق العينية المتعلقة بالعقار وألحق به من المنقولات ما يأتى (١) الآلات الزراعية والماشية المملوكة للمزارع ولازمة لزراعته (٢) آلات المعامل ومهماتها المملوكة لمالك المعمل وهذا الالحاق خاص بعدم جواز الحجز عليها منفردة وفيما عدا ذلك تعتبر منقولة (المواد ١ — ٢ — ٣ — ٤) (قانون مدنى)

وينقسم المنقول الى مثلى . وقيمى :

فالمثلى هو ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به وله نظير فى المحال التجارية وتشمل الأنواع الأربعة الآتية وهى : المكيلات كالبُر والموزونات بما فيها الذهب والفضة كالبُنّ . والأعداد المتقاربة كالبيض والليمون . وعروض التجارة المتحدة الجنس كالشوك والسكاكين وأوانى الأكل والشرب متى كان لها نظير فى الأسواق « العروض جمع عَرْض أو عرَض بسكون الراء وفتحها ـ هو ما ليس مكيلا ولا موزونا ولا حيوانا ولا عقارا »

والقيمى هو ما تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به أو لا تتفاوت ولكن لا نظير له فى المحال التجارية ويشمل الأنواع الستة الآتية وهى :

الحيوانات ولو كانت متحدة الجنس . والبناء . والأشجار . وعروض التجارة المختلفة الجنس . والعدديات المتفاوتة تفاوتاً يعتد به كالبطيخ . والمثليات التى لا نظير لها فى المحال التجارية بأن انقطعت من الأسواق وتعذر الحصول عليها .

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى التضمينات فما كان من الأنواع المثلية يضمن بمثله وما كان من القيمية يضمن بقيمته .

لم يتعرض القانون المدنى لهذا التقسيم ولكن سعادة فتحى باشا زغلول تعرض له فى شرحه صفحة ٤٧ ووفاه حقه كما أنه قسم الأموال المنقولة الى مادية وهى الأعيان التى تقع تحت الحواس ومعنوية وهى ما لا يقع تحت الحواس ويندرج فيه جميع الحقوق وللبهاز فى الشرح المذكور تقاسيم أخرى جديرة بأن ترسم بمداد من النور على صفحات القلوب فليراجعها من شاء « أنظر من صفحة ٤٤ — ٥٠ »

الحقوق المتعلقة بالأموال

الحقوق جمع حق وهو صفة شرعية بها يقتدر الانسان على التصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفا مشروعاً . وهو ثلاثة أنواع

الأول . حق ملك الشيء ذاتاً ومنفعة

الثاني . حق ملك الانتفاع

الثالث . حق الارتفاق .

حق ملك الشيء ذاتا ومنفعة

هذا الحق يسمى ملكا تاما ويجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه فيجوز له أن يبيعه أو يهبه أو يوصى به أو يؤجره أو يعيره

أو رهنه الى غير ذلك من التصرفات ومن هذا النوع الأراضى العشرية وهى ما يؤخذ منها عشر محصولها ان سقيت بدون آلة رافعة. ونصف العشر إن سقيت بها وتشمل جزيرة العرب والبلاد التى افتتحها المسلمون عنوة وقسمت على الفاتحين والتي أسلم أهلها طوعا .

وأما الخراجية فهى التى يؤخذ عليها الخراج وهو نوعان : خراج مقاسمة .وخراجٌ موظَّفٌ .فخراج المقاسمة هو مقدار من المحصول يقدره ولى الأمر حسبما يراه كربع المحصول أو خمسه أو أقل أو أكثر بشرط ألا يزيد على النصف والخراج الموظف هو مقدار من النقود يفرضه الحاكم على الأرض بحسب الجودة والرداءة ويجوز له أن يزيد في الخراج أو ينقص منه تبعاً لجودة الأرض ورداءتها مع مراعاة مصلحة الملاك .

والأراضي الخراجيـة تشتمل سواد العراق والبلاد التى فتحت عنوة وأقر أهلها عليها والبلاد التى فتحت صلحا . وهذه الأراضى على أظهر الأقوال كانت غير مملوكة العين لاربابها وإنما كانوا يملكون الانتفاع بها فى نظير دفع الخراج

الأراضى المصرية

الأراضى المصرية المعَدّة للزراعـة كانت فى الأصل منقسمة الى عشرية وخراجيـة فالعشرية كانت مملوكة لأربابها ملكا تاما (ذاتا ومنفعة) ولهم فيها حق التصرف المطلق بما فى ذلك الوقف وتورث عنهم والخراجية كانت مملوكة للحكومة وليس للأهالى عليها إلا حق الانتفاع وكانت لا تورث للنساء الى عهد المرحوم سعيد باشا الذي

أصدر لائحة منسوبة اليه أباح فيها حق الأرث لهن وكان لا يصح وقفها الا باذن الحكومة ولم تزل على هذه الحال الى ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ فى هذا التاريخ صدر أمر عال بتمليك جميع الأرض لأربابها ذاتاً ومنفعة وفى سنة ١٨٩٦ أمرت الحكومة بفك زمام الاطيان وعمل مساحة عمومية لجميع أراضى القطر المصرى وضرب ضرائب نقدية عليها أكبرها على الفدان مائة وأربعة وستون غرشاً صاغا وتسمى هذه الضرائب خراجاً ومن ثمّ صارت أرض مصر خراجيه خراجا موظفاً ومملوكة لأربابها ذاتاً ومنفعة

واليك جدولا ببيان ما كان يُجْبَى منها ابتداء من عهد الفتح الاسلامي الى الآن

عدد	
١٢٠٠٠٠٠٠	دينار فى زمن حكم عمرو بن العاص – خلافة سيدنا عمر بن الخطاب
١٤٠٠٠٠٠٠	« « « « عبد الله بن سعد « « عثمان بن عفان
٠٣٠٠٠٠٠٠	« « « « بنى أمية
٠٩٠٠٠٠٠٠	« « « « الملك الأشرف
٠٤١٥٠٠٠٠	فرنك فى أواخر عهد المماليك
٠٠٦٥٩٧٠٥	جنيهات مصرية في اوائل عهد المرحوم محمد على باشا رأس العائلة الخديوية الفخيمة
١٧٠٠٠٠٠٠	جنيه مصري فى سنة ١٣٣١ هـ وسنة ١٩١٣ ميلادية

وذلك غير الضرائب الوقتية كضريبة التعليم الأوّلى والزراعى والصناعى وعوائد الأملاك وأجر الخفراء ـ وقياساً على اطراد زيادة الميزانية العمومية في الماضي عاما فعاماً ينتظر أن يزيد ما يجبى في المستقبل

زيادة مطردة أيضا ولا شك أن تملك الأهالى جميعاً للأراضى المصرية ذاتاً ومنفعة دخل كبير فى هذا الارتقاء السريع

وأما الأراضى التى آلت الى بيت المال بسبب موت ملاكها بلا وارث والأراضى الأميرية والأراضى الموقوفة فلا يجوز تمليكها ولا تملكها الا بمسوغ شرعى والمسوغ هو الفائدة التى تعود على بيت المال والحكومة والوقف من هذا التمليك . واذا اشترى شخص منها شيئا بمسوغه الشرعى ملكه ملكا تاما ويجوز أن تُعطى أراضى بيت المال والأراضى الأميرية للأهالى للانتفاع بها فقط فى نظير الخراج مع بقاء ملكيتها لها أما الأراضى الموقوفة فيتبع فى الانتفاع بها شروط الواقفين. وقد كان بيت المال فى مصر قبل ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ مصلحة تابعة لديوان المالية وأما من هذا التاريخ فقد أُلغى بيت المال وتأسست المجالس الحسبية بنظامها الحالى ومن ذلك يتضح أن أراضى بيت المال والأراضى الأميرية شيء واحد الآن ويطلق عليها اسم « أملاك الميرى الحرة »

وأما الأموال التى خصصت للمنافع العامة كالترع والجسور والقناطر والشوارع العامة والطرق النافذة والتى أعدت لحفظ الحدود والثغور كالحصون والاستحكامات والمرافىء لا يصح تمليكها ولا تملكها بحال من الأحوال مادامت معدة لما ذكر

الملكية

الملكية : نسبة الى الملك . والملك هو ارتباط شرعى بين الانسان والشيء المملوك يجعله قادراً على التصرف فيه بوجه الاختصاص وهو

لا يختص بالأموال بل يشمل المنافع والحقوق أيضا وهما لا يعتبران أموالا عند علماء الحنفية وسيأتى بيان ذلك مفصلا فى محاله ان شاء الله تعالى

واذا تعلق الملك بالأموال سُمّى ملكا تاماً لأنه يجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه بلا فرق بين أن يكون المالك مختصاً وحده بما تصرف فيه أو شريكا لغيره فيه مادام نصيبه معلوم المقدار بشرط ألا يضر بشريكه ولا بغيره والا منع فان كان نصيبه مجهولا بأن مات مورثه ولم تحصر تركته ولا ورثته وتصرف فيما توهم أنه يخصه حينئذ تصرفا يجعل للغير حقا عليه فلا يصح تصرفه لجهالة ما تصرف فيه جهالة فاحشة تؤدى الى النزاع وكل ما أدى الى النزاع فهو فاسد شرعاً

واذا تعلق الملك بالمنافع أو الحقوق سُمى ملكا ناقصاً لأنه لا يكون لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه كما سيأتى مفصلا

وقد أبان شارح القانون المدنى معنى الملكية وصفاتها وما يدخل فيها بما لا يحتاج معه الانسان الى غيره فليراجع لأهميته (صفحة ٥٢ و ٥٣ و ٥٤)

ملك المنفعة وحق الانتفاع

هذا هو النوع الثانى من أنواع الحقوق التى تترتب على الأعيان المالية لافادة الانتفاع بها وهو ملك ناقص ولا يستفيده صاحبه الا من مالك العين المنتفع بها أو من يقوم مقامه بسبب من الأسباب الآتية وهى أربعة واحد منها ليس بعقد وهو الوقف. وثلاثة عقود. واحد منها بعوض وهو الاجارة. واثنان بغير عوض: وهما الاعارة. والوصية بالمنفعة

أما الوقف فمعناه لغة الحبس وشرعا حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة . ويؤخذ من هذا التعريف أن الوقف متى صح خرجت العين الموقوفة فورا عن ملك جميع الناس حتى الواقف ولا يصح التصرف فيها تصرفا يجعل للغير حقا ثابتاً عليها فلا يجوز بيعها ولا رهنها ولا هبتها ولا الوصية بها ولا غير ذلك من التصرفات التى تعود على أصل الوقف بالبطلان والوقف نوعان . أهلى وخيرى . فالاهلى ما كان أولا على شخص معين أو أشخاص معينين سواء كان هو الواقف وذريته أم غيرهم من الأهل والأقارب أو من الاجانب بشرط أن يكون آخره فى جميع الأحوال لجهة بر لا تنقطع . والخيرى ما كان من أول الأمر موقوفا على جهة خيرية كالمساجد والمستشفيات والملاجئ وما شاكل ذلك . والأموال بالنسبة لصحة وقفها مستقلة وعدم صحته نوعان : نوع يصح وقفه مطلقا وهو العقار وما وقف تبعا له من المنقولات كآلات الزراعة الموقوفة تبعاً للأرض . ونوع لا يصح وقفه مستقلا الا اذا تعورف وهو المنقولات ومما تعورف وقفه منها الكتب والقدور التى لتغسيل الموتى واذا تعورف فى جهة وقف شىء من المكيلات أو الموزونات صح وقفه ثم يباع ويشترى بثمنه عقار يُسْتَغَلُّ ان أمكن ذلك والاَّ فيعطى لمن يتجر فيه مضاربة أى بجزء من الربح أو بضاعة أى مجانا ويوزع الربح على المستحقين ويجوز أن تعطى الحبوب للمستحقين ليزرعوها ويردوا من محصول الزراعة لناظر الوقف مثل ما أخذوا ويتكرر ذلك بتكرر الزراعات واذا لم تخرج الأرض زرعا أصلا بطل الوقف .

واذا تعورف وقف النقود صح وقفها أيضاً واتبع فى استغلالها ما ذكر فى ثمن الحبوب . وللوقف مؤلفات خاصة به أهمها كتاب الاسعاف للامام برهان الدين الطرابلسى وكتاب الخصاف المسمى أحكام الأوقاف لابى بكر الشيبانى وقانون العدل والانصاف للمرحوم قدرى باشا ومباحث الوقف للأستاذ محمد زيد بك الابيانى . فليراجعها من يريد التوسع فى معرفة أحكام الوقف

عرف شارح القانون الوقف بأنه : الاموال المرصدة على جهة بر لا تنقطع ويصح أن تكون منفعتها لأشخاص بشروط معلومة حسب المقرر باللوائح فى شأن ذلك (مادة ٧)

ثم قسم الأموال الى خاصة وهى المملوكة للاهالى وأموال الميرى الحرة . وعامة وهى ما خصصت لمنفعة العامة . وذات شبهين وهى الوقف لأنها بالنسبة لعدم سماع الدعوى على واضع اليد عليها بعد ثلاث وثلاثين سنة تشبه الأموال الخاصة وبالنسبة لعدم جواز التصرفات فيها وكونها غير مملوكة لأحد تشبه الأموال العامة (الشرح صفحة ٤٩ — ٥٠) ولم يتعرض القانون لأحكام الوقف بل أحال على الأحوال الشخصية — وليس فى شىء مما ذكر ما يخالف أحكام الشريعة الغراء لأن الشريعة وان كانت تعتبر الوقف غير مملوك لأحد من العباد ولكن تعتبره من جهة أخرى له شبه بالتمليكات كما هو مبين فى محاله —

وأما الاجارة فمعناها شرعاً تمليك المنفعة فى الحال بعوض

وأما الاعارة فمعناها تمليك المنفعة فى الحال بلا عوض وسيأتى الكلام على هذين العقدين فى محلهما

وأما الوصية بالمنفعة فهى تمليك المنفعة تمليكا مضافاً الى ما بعد الموت بطريق التبرع

وحكم هذا العقد أنه متى استوفى شرائطه الآتى بيانها فى الوصية بالأعيان يكون للموصى له حق الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها بعد وفاة الموصى على التفصيل الآتى وهو أنه ـ اذا أوصى شخص لآخر بغلة أرضه أو بغلة بستانه « والمراد بالغلة ما يحصل من ريع الأرض وثمرة البستان وكرائهما » ينظر فان كان الموصى نص على الأبد أو مدة حياة الموصى له أو أطلق كان للموصى له أن ينتفع بالعين الموصى بمنفعتها طول حياته فاذا مات رجعت المنفعة لمالك العين . وان حدد الموصى مدة للانتفاع فلا يخلو الحال من أن تكون خالية من التاريخ كأن يقول أوصيت لفلان بغلة كذا ثلاث سنين أو مؤرخة بتاريخ معلوم كأن يقول تبتدئ من سنة كذا فان كان الأول كان للموصى له أن ينتفع بالعين عقب وفاة الموصى تلك المدة وان كان الثانى فاما أن يموت الموصى قبل حلولها . أو فى خلالها . أو بعدها . فان كان الأول ثبت للموصى له حق الانتفاع في المدة المحددة . وان كان الثانى فله حق الانتفاع فيما بقى فقط . وان كان الثالث بطلت الوصية .

واذا أوصى بثمرة بستانه لشخص فان نص على الأبد أو مدة حياة الموصى له أو حدد مدة سواء أرّخها أم لا فالحكم فى ذلك كله كحكم الوصية بالغلة أما اذا أطلق بأن قال أوصيت لفلان بثمرة بستانى فلا يكون حكمه حكم الوصية بالغلة فى حالة الاطلاق بل له حكم آخر وهو أنه ينظر الى البستان عقب وفاة الموصى فان كان به ثمرة استحقها الموصى له دون ما يتجدد من الثمار وان لم تكن به ثمرة استحق كل ما يتجدد من الثمار مدة حياته والسبب فى ذلك أن الثمرة تطلق عرفا

على الموجود . ولا تطلق على المعدوم الا مجازا بقرينة تفيد ارادته . أما الغلّة فتطلق عرفا على المنافع بلا فرق بين ما يكون منها موجودا وما يتجدد « والعرف في الشرع له اعتبار » فان وجد عرف يخالف ذلك اتبع اذا كان مما يُعْتَدُّ به شرعا

حق السكنى

من ملك سكنى دار بوقف أو عقد وصية فليس له استغلالها باتفاق الامام وصاحبيه ومن ملك غلتها فليس له سكناها على رأى الامام وأبى يوسف وحجتهما احترام عبارة المملِّك وقال محمد له حق السكنى وحجته أن الاستغلال يفيد تمليك المنفعة بعوض . والسكنى تفيد تمليكها بغير عوض . والتمليك بعوض أقوى من التمليك بغير عوض والأقوى يستتبع الأضعف ولا عكس . وقال الشافعى من ملك أحدهما ملك الآخر . واذا كانت عبارة المملك شاملة للسكنى والاستغلال فله استيفاء أيهما شاء بلا خلاف وكذلك اذا قال أوصيت لفلان بمنفعة دارى لأن المنفعة تشملهما جميعا

واستيفاء حق السكنى يختلف باختلاف الأحوال وذلك أن هذا الحق اما أن يستفاد بوقف . أو بوصية . ومالكه اما أن يكون واحدا . أو متعدداً . والدار التى مُلِكَت سكناها اما أن تكون واسعة أو ضيقة . فاذا كان مالك حق السكنى فى الدار واحدا سواء ملكه بوقف أو بوصية جاز له أن يسكنها هو وأولاده وحشمه وخدمه وله أن يُسْكِنَها غيره بغير عوض لأن الانسان له أن يُمَلِّك مثل

ماملك لأكثر سواء كانت الدار واسعة أم ضيقة . واذا كانوا متعددين وكانت الدار ضيقة ينظر فان كانوا رجالا فقط أو نساء فقط جاز للرجال أن يسكنوها جميعاً دون نسائهم . وللنساء أن يسكنّ دون رجالهن . وجاز أن يتناوب أفراد كل فريق مع من يتبعها السكنى بالمهايأة الزمانية وان كانوا رجالا ونساء فان كانوا محارم أى يحرم زواج الرجال بالنساء حرمة مؤبدة جازت لهم السكنى جميعاً وجازت المهايأة الزمانية وان لم يكونوا محارم وجبت هذه المهايأة . أما اذا كانت الدار واسعة أى ذات مساكن شرعية منفصلة بعضها عن بعض تمام الانفصال جازت المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية والأول أعدل ومعنى المهايأة قسمة المنفعة .

ومدة الانتفاع بالسكنى يتبع فيها ما ذكر فى الاستغلال

وكل من ملك حق سكنى دار بلا عوض فعليه عمارتها واصلاح ما يطرأ عليها من الوهن والخلل واذا بنى شيئاً فيها من ماله كان ملكا له ولورثته من بعده واذا امتنع عن تعميرها فللقاضى أن يؤجرها لغيره بأجرة تدفع سلفا ويعمرها بها وبعد انتهاء مدة الاجارة يَرُدُّ الدار لمستحق السكنى . وأما من ملك حق السكنى بعوض فلا يجب عليه الا ما تقتضيه الشروط التي بينه وبين مالك العين وان لم توجد شروط فلا يعمر الا ما أتلفه تعديا .

وكما تجوز الوصية بالمنفعة لشخص مع ابقاء العين للورثة تجوز الوصية بالمنفعة لشخص وبالعين لشخص آخر كلاهما أجنبى عن الموصى . ولا يصح أن يوصى بالعين لأجنبى مع ابقاء المنفعة للورثة لعدم الفائدة فى هذه الوصية فاذا حصل ذلك وجب أن تتبع المنفعة العين وتدخل

في ملك الموصى له تصحيحا لعبارة الموصى وصونا لكلامه من العبث عملا بقولهم كلام العاقل يصان عن العبث ما أمكن وقولهم اعمال الكلام خير من اهماله .

واذا لم تدل الفاظ العقود على المعانى المقصودة منها للمتعاقدين تكون العبرة حينئذ بالمقاصد والمعانى لا بالالفاظ والمبانى غالبا فمثلا اذا كانت الألفاظ ألفاظ عقد عارية والمقصود منه عقد قرض كأن تقول أعرنى اردبا قمحا وأرده اليك بعد سنة مثلا اعتبر العقد عقد قرض وترتب عليه حكمه وهو دخول الاردب القمح فى ملك الآخذ بمجرد استلامه إياه وجواز استهلاكه ورد مثله . وضمانه بمثله اذا هلك ولو بدون تعد بعد استلامه وقبل الانتفاع به الى غير ذلك . والفرق بين العارية والقرض أن العارية تكون فيما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين المنتفع بها والقرض يكون فيما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كما فى المثال السابق

ما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف

وما يجب عليه من الضمان

استيفاء المنفعة التى يستفيدها الانسان بأى سبب كان اما أن يكون مقيداً بشروط أولا . فان كان مقيداً بشروط كان له أن ينتفع الانتفاع المشروط أو ما يماثله في الضرر ، أو ماهو أقل منه . وان كان غير مقيد بشروط انتفع الانتفاع المعتاد . واذا هلكت العين مع مراعاة ما ذكر فى الحالتين فلا ضمان عليه سواء هلكت قبل تمام الانتفاع أم بعده وقبل التمكن من ردها

أما اذا خالف المشروط الى ما هو أشد ضررا . أو جاوز المعتاد فى الانتفاع أو تأخر عن ردها بلا عذر بعد استيفاء المنفعة . أو مات مُجَهِّلاً لها فعليه الضمان . والأَصل الذى ينبنى عليه لزوم الضمان وعدمه أن الاعيان المنتفع بها أمانات تحت يد المنتفع وحكم الأَمانات أنها اذا استهلكت أو هلكت بالتعدى ضمنها المتعدى بدفع مثلها لصاحبها ان كانت مثلية . وبدفع قيمتها ان كانت قيمية وان هلكت بدون تعدٍّ فلا ضمانَ على أحد بل تهلك على صاحبها

ويجب على المنتفع أن يُعنَى بحفظ العين المنتفع بها وصيانتها عناية تامة كعنايته بأملاك نفسه وعليه مصاريفها ومؤنتها . وان كانت أرضا فعليه خراجها ومصاريف اصلاحها وسقيها وتطهير أنهارها ومصاريفها ان كان يحصل منها على منفعة والا فكلُّ ذلك على المالك . واذا كان المنتفع به داراً للسكنى فعليه رَمُّها واصلاح مايطرأ من الخلل عليها . وسيأتى زيادة بيان لهذا المبحث فى الكلام على الاجارة والاعارة

انتهاء حق الانتفاع

ينتهى حق الانتفاع بأحد ثلاثة أشياء

الاول ـ بانتهاء مدة الانتفاع

الثانى ـ بموت المنتفع مطلقاً أى سواء ملك المنفعة بعقد معاوضته أو تبرع أو بغير عقد وبموت أحد المتعاقدين فى الاجارة والاعارة

الثالث ـ بهلاك العين المنتفع بها

ومتى انتهى حق الانتفاع في الصورتين الأولين وجب تسليم العين لصاحبها الا اذا ترتب على تسليمها ضرر للمنتفع أو ورثته

كما اذا كانت العين المنتفع بها أرضاً بها زرع لم يبد صلاحه فانها تترك للمنتفع أو لورثته بأجر المثل في المدة اللازمة لنضج الزرع . الا اذا كانت مستأجرة ومات المنتفع أثناء المدة فانها تترك لورثته بالأجر المسمى لرضاء المؤجر به من قبل . واذا كانت المدة الباقية لا تفي بنضج الزرع تؤخذ الارض في المدة الجديدة بأجر المثل وأمثلة ذلك ظاهرة

« حق الانتفاع في القانون المدني مبين في المواد من ١٣ الى ٢٩ فقسم أنواع الانتفاع الى مؤبدة وهي ما تكون بين الحكومة والأفراد كاباحة الانتفاع بالارض المملوكة للحكومة والمؤقتة ما تكون بين الأفراد وبعضهم — وبين حقوق المنتفع وواجباته بما لا يخرج عما ذكر في أحكام الشريعة الغراء ثم أبان حقوق المملك للانتفاع وواجباته وقال ان حقوقه هي المقابلة للواجبات التي على المنتفع ومثل لها — وواجباته هي التخليه بين المنتفع والعين المنتفع بها بحيث يصير قادرا على استيفاء المنفعة بدون منازع ولا معارض — وكذلك أبان زوال حق الانتفاع وحصر أسباب زواله فيما يأتي (١) انقضاء المدة المقررة له في العقد (٢) وفاة المنتفع ان لم يكن في العقد مدة معينة (٣) ترك المنتفع حقه (٤) هلاك العين المنتفع بها (٥) فسخ المالك للعقد اذا وجد ما يقتضي ذلك (٦) عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة وحينئذ يرجع الملك التام للمالك ثم ذكر ضمان المال المنتفع به بما لا يخرج عن أحكام الشريعة الغراء

حقوق الارتفاق

هذا هو النوع الثالث من الحقوق التي تترتب على الأموال وهي ملك ناقص لأن صاحبها لا يملك التصرف المطلق فيها كما سيأتي

والارتفاق لغة الاتكاء على مرفق اليد ويطلق على كل مايستعان به
وشرعا حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر
وهذه الحقوق هي حق الشرب . وحق المرور . وحق المجرى .
وحق المسيل . وحق التعلي .

حق الشرب

الشِّرب بكسر الشين لغة النصيب من الماء
وشرعا نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض والزرع والشجر . وهو مشروع من قديم الزمان والدليل على مشروعيته قوله تعالى « وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ المَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ » أى كل نصيب يحضره أصحابه لاستيفائه وقوله « لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ » والضمير فى لها يعود على ناقة سيدنا صالح وفى لكم يعود على قومه
وأما الشُّرب بالضم فهو التناول بالشفة
والمياه الصالحة لسقى الاراضى والحيوانات على ثلاثة أقسام
الأول ـ مياه الأنهار العظيمة والترع العمومية وهذا القسم يسمى شربا عاما

الثانى ـ مياه الأنهار المملوكة ملكا عاما أو خاصا وهذا القسم يسمى شربا خاصا

الثالث ـ المياه التى وضعها الناس فى الأوانى والصهاريج الخاصة وهذا القسم يسمى ماءً محرزا

وحكم القسم الأول وهو الشرب العام أنه يجوز لكل انسان أن

ينتفع به أيّ انتفاع شاء فله أن يسقى أرضه ودوابه وأن ينصب عليه آلة رافعة بخارية أو غير بخارية وأن يشق منه جدولا يوصل المياه الى ملكه الى غير ذلك من أوجه الانتفاع بشرط ألاّ يكون فى شىء من ذلك ضرر بيّنٌ للعامة والا منع كما اذا ترتب عليه تخريب الجسور أو قلة المياه قلة لا تسمح بسير السفن فتتعطل المصالح التجارية وغيرها أو نحو ذلك

ومياه هذا القسم تقسم على الأَهالى بنسبة أراضيهم الزراعية وهذا التقسيم يكون اما بالزمن بأن تأخذ كل جهة أياما محدودة وكل واحد ساعات معينة . واما بالعداد بأن تأخذ كل جهة أمتارا مكعبة من المياه معلومة المقدار أو ما يشبه ذلك

وحكم القسم الثانى وهو الشرب الخاص أنه لا يجوز لغير الشركاء أن يسقى منه أرضه الا برضا أصحابه ولكن يجوز التناول بالشفة مالم يضر ضررا بيّنًا كمنع المياه من الوصول الى الأَرض أو تخريب الجسور أونحو ذلك والاَّ منع . وانتفاع الشركاء بمياه هذا القسم يكون على حسب المتفق عليه فلا يجوز لأَحدهم أن يغير شيئًا مما اتفقوا عليه بدون رضا الجميع كشق جدول أو رفع ساقية ونحوها من أسفل الى أعلى أو بالعكس أواستيفاء أكثر من حقه فى الماء أو احداث آلة رافعة الا اذا كانت بطن النهر وحافته التى توضع عليها الآلة الرافعة ملكا له بشرط أن لا يضر ذلك بأحد

وان لم يكن بينهم اتفاق على كيفية الانتفاع قسمت المياه عليهم بنسبة أرضهم الزراعية بالصفة التى سبق بيانها فى تقسيم مياه الشرب العام

ومن الشرب الخاص مياه الآبار والسواقي المحفورة في ملك الأهالي فتعطى أحكامه السابقة واذا منع أصحابها الناس من الدخول في أرضهم لاستيفاء حق الشفة بدون أن يترتب على هذا الدخول ضرر للأرض ولا للمياه خيّرهم الحاكم بين أن يدخلوهم ويدخلوا دوابهم وبين أن يخرجوا المياه الى الطريق العام للسقيا

واذا أباح ملاّك هذا القسم لشخص سقى أرضه من مياه شربهم جاز لهم منعه ان لم يكن قد اكتسب هذا الحق بتقادم الزمان لأنهم متبرعون والمتبرع له حق الرجوع في أي وقت شاء .

وحكم القسم الثالث وهو الماء المحرز أنه مملوك لمن أحرزه ملكا تاما لأنه مال مباح سبقت يد المحرز اليه وقد قال عليه الصلاة والسلام «مَنْ سَبَقَتْ يدُهُ اَلى مَالٍ مُبَاحٍ فهُوَ لهُ » ولذا لا يجوز لغير مالكه الانتفاع به بدون اذن الا اذا كان مضطراً فيأخذه بقيمته لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير

ومتى ثبت حق الشرب لشخص لا يجوز منعه من استيفائه وهو لا يثبت الا اذا كان قديما . والمراد بالقديم هنا هو الذى لا يعرف الجيران مبدأه واذا سقى شخص أرضه سقياً معتاداً فسال منها الماء بدون تعديه الى أرض الغير وترتب على ذلك تلف الزرع فلا ضمان عليه وان كان السقى أكثر من المعتاد فعليه الضمان

ولا يصح التصرف في حق الشرب مستقلا ببيع ولا رهن ولا هبة ولا اجارة ولا غير ذلك الا أنه يورث ويوصى به لأن الميراث أمر حكمي قهري يفيد تملك الوارث رغم ارادته ما تركه المورث له من

الأملاك . والوصية لكونها تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت تلحق بالميراث فى حكمه أما اذا كان التصرف تابعاً للأرض فانه يصح مطلقا وقال بعض علماء الحنفية والامام أحمد بن حنبل بجواز التصرف فيه مستقلا بسائر التصرفات الشرعية

وحكم بقية حقوق الارتفاق فى ذلك كحكم الشرب

حق المرور والمجرى والمسيل

حق المرور هو أن يثبت لشخص حق السير فى ملك غيره ليصل الى ملكه سواء كان ملك هذا الغير داراً أم أرضاً زراعية . ومن ثبت له هذا الحق جاز له أن يستوفيه كما ثبت له لا أكثر فاذا كان لشخص حق المرور بعربته ودوابه فى ملك غيره فلا يكون لصاحب الملك منعه من استيفائه والا منع مما ليس له حق فيه

وحق المجرى هو أن يكون لشخص حق اجراء الماء فى ملك الغير ليصل الى ملكه

وحق المسيل هو أن يكون لشخص حق اسالة المياه أى تصريفها فى ملك غيره لتصل الى المصارف العامة

ولا يصح أن يمنع ذو حق من هذه الحقوق من استيفائه الا اذا كان فى عدم المنع ضرر بيّن كما اذا كان لشخص فى طريق عام أو خاص مسيل قذر يتأذى به المارة فانه تجب ازالته ويمنع صاحبه من استيفائه ازالة للضرر عن المارين لأن الضرر يزال شرعا ولو كان قديماً ولا يثبت بالاباحة حق من هذه الحقوق كما فى الشرب

ويترتب على عدم جواز المنع من استيفاء حقوق الارتفاق أنه لو كان لشخص ميزاب قديم يصب مياه الامطار فى دار جاره أو كان له مسيل مار من دار جاره لاخراج المياه القذرة بواسطته الى المصارف العامة أو مجرى كذلك يوصل ماء الشرب الى داره فلا يجوز منع صاحبه من الانتفاع به مادام لا يضر شيء منها بالجار ضرراً بيّناً فان أضر به مُنع

ويترتب على ذلك انه لو تهدم المسيل أو المجرى من الجزء المار بدار الجار فعلى المنتفع به اعادة ماتهدم واصلاح مااختل فان أعاده فبها والا جاز للجار أن يمنعه من الانتفاع دفعاً للضرر عن نفسه

واذا أراد المنتفع دخول الدار لاعادة ماتهدم واصلاح مااختل فمنعه صاحبها من الدخول يخير صاحب الدار بين أحد أمرين اما أن يتركه يدخل ليصلح واما أن يصلح هو من مال نفسه ولا يرجع بشيء على المنتفع

عرف القانون وشرحه الارتفاق فى المادة الثلاثين بأنه هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى . وهو موافق للمعنى الشرعى الا ان هـذا أشمل ـ ويتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد — وقسم شارح القانون حقوق الارتفاق الى ستة أنواع (١) حق استعمال مياه الترع العمومية (٢) حق المر فى أرض الغير وحق المر الشخصى (٣) حق البناء على البناء (٤) حق الجار فى بقاء الجدار (٥) حق تحديد المسافة بين مسكنين (٦) حق تحديد المسافة بين المساكن وبعض المحال

والأقسام الأربعة الأولى موافقة فى جميع أحكامها لما هو مقرر فى الشريعة الغراء الا فى تقييد المنتفع بمياه الترع العمومية بأوامر الحكومة فيما يختص بتركيب الآلات الرافعة للمياه ورى الأرض فى أيام التحاريق وحق الجار فى منع جاره الذي له حائط أو سياج من هدمه لغير باعث قوى ان كان في ذلك ضرر

له واذا اختلف فى وجود الباعث القوى فوض الرأى الى القاضى فى تقديره وهذا التقييد وان لم يوجد صراحة ضمن أحكام الشريعة الغراء الا أنه يؤخذ من قواعدها العامة كقاعدة (الضرر يزال شرعا) لأن أوامر الحكومة بذلك لم تصدر الا لازالة الضرر وجلب النفع وكذلك القسمان الأخيران فانهما وان لم يذكرا بالنص فى أحكام الشريعة الغراء فانها ذكرتهما بالمعنى فى الحقوق الجوارية كما سيأتى — والمسافة فى القانون بين المسكنين هى متر من كل مالك اذا كانت نافذة أحدهما مقابلة على خط مستقيم لنافذة الآخر والطنف كالنافذة فى ذلك — والمسافة بين المساكن والمحال الخطرة أو المضرة بالصحة أو المقلقة لراحة السكان تكفلت ببيانها (لائحة ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ نمرة ١٣ فليراجعها من شاء)

حق التعلى

حق التعلى هو عبارة عن ثبوت حق القرار لشخص بعلوّه على سفل لآخر اذ كثيرا ما يكون العلوّ مملوكا لشخص والسفل مملوكا لآخر ويتصور ذلك فى حالة ما اذا باع صاحب الدار الدور العلوى منها فقط دون السفلى وهذا جائز شرعاً لان المبيع عبارة عن البناء القائم وهو مال متقوم مملوك مقدور التسليم ومتى حصل ذلك كان لصاحب العلو حق القرار على سقف الدور السفلى الذى هو ملك لصاحب السفل اذ هو من متممات دوره لأن الدور اسم للبناء المسقوف. ومعنى ثبوت حق القرار انه كلما انهدم العلو جاز لصاحبه تجديده وقد اختلف فى حكم جواز الزيادة على البناء الأصلى سواء كان فى الارتفاع أم فى عدد الحجر فقال بعض الفقهاء لا تجوز مطلقا الا باذن صاحب السفل أى سواء كانت الزيادة مضرة بالسفل أم لا وسواء وافقت الرسم المعتاد أم لا . وقال بعضهم تجوز مطلقاً ان لم يكن فيها ضرر . وفصل آخرون فقالوا ان وافقت الرسم المعتاد ولم تضر جازت ولو بدون رضا صاحب

السفل لأن حالة المباني تختلف باختلاف الزمان والمكان وان لم توافق الرسم المعتاد لا تجوز الا باذن صاحب السفل ولو لم تضر اذ ربما يكون في الزيادة حينئذ تشويه منظر الدار

ومتى كان لشخص سفل ولآخر علوٌ عليه كان لكل منهما حقوق على الآخر منها أنه لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في ملكه تصرفا يضر بالآخر الا باذنه كأن يحدث صاحب السفل بالوعة أو بئراً أو قناة بجوار الحائط أو يفتح نافذة أو أكثر أو يكسر خشبة من السقف أو نحو ذلك من التصرفات التي يترتب عليها عادة انهدام البناء أو وهنه لأن في ذلك ضرراً أيضاً بصاحب العلو اذ يقصر أجل بناء دوره وكأن يدق صاحب العلو دقا شديداً على السقف فيتساقط التراب على صاحب السّفل وعلى أمتعته أو أن يضع كثيراً من الأثقال على جزء صغير من السقف لا يحتمله عادة أو نحو ذلك. ومن الحقوق التي لصاحب السّفل على العلوّ ستر مبانيه من تأثير الشمس والأمطار كما أن لصاحب العلو حق القرار المذكور ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأحدهما أن يهدم بناءه تعدياً للاضرار بالآخر فان فعل ذلك أجبر على اعادته حتى يتمكن الآخر من استيفاء حقه الثابت له واذا تسبب عن هدم السّفل تعديا انهدام العلو أجبر صاحب السّفل على اعادته أيضا كما كان . أما اذا انهدم أحدهما بدون تعد فلا يجبر صاحبه على اعادته بل يطلب منه ذلك فان أعاده فبها والا جاز للآخر بناؤه بمصاريف من طرفه ويرجع بما صرفه على صاحبه بالغاً ما بلغ ان كان البناء باذنه أو بأمر القاضي والا رجع بما يقدره الخبراء العادلون وقت البناء واذا لم يدفع

المالك ما صرف على بناء دوره جاز لمن بناه أن يمنعه من الانتفاع به حتى يؤدى له ماوجب عليه وله أن يؤجره باذن القاضى المدة الكافية لحصوله على حقه ثم يعيده لصاحبه . واذا كان لكل من السفل والعلو باب خاص به اعتبر كل من صاحبيهما جاراً ملاصقاً ولا يجوز لأحدهما أن يمر من ملك الآخر وان كان لهما باب واحد كان لكل منهما حق المرور منه

تكفلت المواد ٣٤ و٣٥ و٣٦ و٣٧ من القانون المدنى ببيان حقوق كل من صاحب العلو والسفل على الآخر وهى كلها موافقة لما ذكر فى هذا الموضوع من أحكام الشريعة الغراء غير أن المادة ٣٧ توجب اجبار صاحب السفل على اعادة سفله ولو سقط بآفة سماوية وان لم يمتثل جاز بيع ملكه بالمحكمة «وقد رأى شارح القانون لزوم استبدال كلمة جاز من عبارة (والا جاز بيع ملكه بالمحكمة) بكلمة وجب وأبان سبب ذلك بياناً شافياً »

حقوق المعاملات الجوارية

جعلت الشريعة الاسلامية للجوار من الحقوق وحسن المعاملة ودوام المجاملة ما لم تجعله لغيره لشدة الارتباط الذى اقتضاه الاشتراك فى كثير من مرافق الحياة وتبادل المنافع بين الجيران . ومراعاة تلك الحقوق والواجبات من أمهات المفاخر التى حثت الاحاديث النبوية على التحلى بحلاها فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « مازَالَ جبْرِيلُ يُوصِينى بالجار حتَّى ظَننْتُ أنه سيورِّثهُ » وقوله « لا يؤْمِنُ أحدُكم حتَّى يأمنَ جارهُ بَوَائقَه » وقوله فى مقام الارشاد

والدعوة الى مكارم الأخلاق بالحكمة والموعظة الحسنة « أتدرون ما حقُّ الجارِ : ان استعانَ بك أعنته. وان استنصرك نصرته . وان استقرضك أقرضته . وان افتقر عدت عليه . وان مرض عدته. وان مات تبعت جنازته . وان أصابه خيرٌ هنأته . وان أصابته مصيبةٌ عزيته . ولا تطلْ عليه بالبنيانِ فتحجب عنه الريحَ الا بأذنه . وان اشتريتَ فاكهةً فأهده. فان لم تفعل فادخلها سراً. ولا يخرج بها ولدك ليغيظَ بها ولده . ولا تؤذه بقتار «رائحة» قدرك الاَّ أن تغرفُ له منها » ثم قال « أتدرون ما حق الجارِ والذي نفسُ محمدٍ بيده لا يبلغ حقَّ الجارِ الا من رحمهُ الله »

وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم (إنَّ فُلَانَةَ تَصومُ النَّهارَ وَتَقُومُ اللَّيلَ وَتُؤذِي جيرَانَها فَقَالَ هِيَ في النَّار) وقال عليه الصلاة والسلام (مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَومِ الآخِرِ فليُكرِم جَارَهُ)

ومن ذلك يتضح أنه يجب على الانسان أن يكرم جاره ويساعده ويغار عليه كما يغار على عرض نفسه وبالأولى يجب عليه أن لا يعمل ببنائه أو غيره عملا يضر بالجار ضررا بينا لا يحتمل عادة وهو الذي يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة كمنع الضوء والهواء بالكلية بأن يبنى بناء يسد به نوافذ جاره أو يجعل شبابيك مقر رجاله في داره المحدثة أمام شبابيك مقر نساء جاره القديم أو يحدث بَيْدَرًا في مهب الريح وبجواره دُورٌ أو محال تجارية أو صناعية بحيث يضر غباره أمتعة أصحابها أو أن يحدث مصنعاً للحديد أو النحاس أو نحوها أو آلة بخارية وسط منازل السكنى تقلق راحة السكان وتوهن مبانيهم أو أن يحفر بالوعة

أو مجرى أو مسيلا أوما شاكل ذلك بجوار بناء جاره اذا كان في احداثه ضرر للبناء وقس على ذلك كل ما يكون فى احداثه ضرر بين بالجار واحكم بانه غير جائز ويمنع فاعله شرعا .

أما اذا أحدث شخص لنفسه ضرراً كما اذا جعل شبابيك مقر نسائه أمام مقر رجال جاره او بنى فى مهب بيدر قديم أو نحو ذلك فلا يؤمر جاره بازالة الضرر عنه بل اذا تضرر هو فعليه ازالة الضرر عن نفسه

وليس للجار أن يجبر جاره على اقامة بناء أو نحوه على حدود ملكه ليكون فاصلا بين ملكيهما بل من يريد ذلك عليه أن يحدثه من ماله

لم يرد فى القانون المدني من حقوق المعاملات الجوارية الا ماجاء فى (المواد ٣٨ و ٣٩ و ٤٠ و ٤١) فمادة ٣٨ موافقة لما جاء بالمادة ٦٩ من كتاب مرشد الحيران التى نصها (لا يجوز للجار ان يجبر جاره على اقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا أن يعطيه جزءا من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط) الا أن مادة القانون تزيد منع الجار من هدم الحائط المملوك له اذا كان فى ذلك ضرر بين بجاره وذلك أيضاً موافق للحكم الشرعى فان الفقهاء نصوا على أنه اذا ترتب على هدم جدار دار انهدام جدار الجار اللاصق له أو وهنه فلا يجوز هدمه الا بعد أن يأخذ جاره الاحتياط لحفظ مبانيه والمواد ٣٩ و ٤٠ و ٤١ خاصة ببيان تحديد المسافة بين المسكنين أوالمساكن والمحال الأخرى وقد سبق بيانها

حكم التصرف

فى الحائط المشترك

اذا كان لجارين حائط مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه تصرفاً يضر به الا باذن شريكه وذلك كرفع أخشابه من أسفل

الى أعلى أو بتحويلها من اليمين الى الشمال أو بالعكس أو بوضع أخشاب عليه أكثر من المعتاد أو بتعليته أو بفتح نوافذ فيه سواء كان هذا التصرف يوافق الرسم المعتاد أم لا . أما اذا كان شيء من هذا التصرف لا يضر فقال بعض الفقهاء انه لا يجوز أيضاً الا باذن الشريك وقال البعض الآخر انه اذا وافق الرسم المعتاد جاز والا فلا يجوز وهذا هو الظاهر لاختلاف شكل البناء وارتفاع السقف باختلاف العُرف والعادة والزمان والمكان ، واذا كان لأحدهما أخشاب عليه وأراد الآخر أن يضع مثلها فان كان الحائط يحتمل الجميع فله ذلك والا أجبر من له الاخشاب على أن يرفع منها بقدر مايزيد على نصف مايحتمله الحائط ليتمكن الآخر من وضع أخشابه تحقيقاً للمساواة بينهما فى الانتفاع

كتاب اسباب الملك التام

سبق لنا تعريف الملك فى الكلام على الملكية وبيان أنه يتعلق بالأعيان المالية وبالمنافع وبالحقوق وفصلنا أسباب ملك المنفعة وملك حقوق الارتفاق والآن نبين أسباب الملك المتعلق بالأعيان وهو ما يسمى بالملك التام أى الذى يجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه ما دام مشروعاً وهى نوعان عقود وغير عقود

فالعقود ثلاثة : البيع . والهبة . والوصية . وغير العقود ثلاثة أيضا وهى الميراث . والشفعة . ووضع اليد على الأموال المباحة

أما القانون المدنى فقد ذكر أسباب الملك والحقوق العينية فى مادة واحدة وهى المادة ٤٤ . وبيانها (١) العقود (٢) الهبة (٣) الميراث (٤) الوصية (٥) وضع اليد (٦) اضافة الملحقات للملك (٧) الشفعة (٨) المدة الطويلة وهى فيما عدا مضى المدة الطويلة موافقة لأسباب التملك الشرعى بقطع النظر عما يتعلق بالحقوق العينية

العقود التى تفيد الملك

(١) البيع

البيع معناه لغة مطلق المبادلة سواء كانت مبادلة مال بمال أم لا لقوله تعالى « انّ اللّهَ اشْتَرى مِنَ المُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ » ومعناه شرعاً مبادلة المال بالمال والمراد المال المتقوم

وحكمه أنه متى استوفى شرائطه كان لازماً أى لا يستقل أحد المتعاقدين بفسخه بل لا بد من رضا الآخر وترتب عليه أثره وهو ملك المشترى للمبيع والبائع للثمن بمجرد تمام العقد ولو لم يحصل تسليم ولا تسلم وسيأتى الكلام على البيع مفصلا فى محله

(٢) الهبة «١»

الهبة معناها لغة مطلق التبرع والتفضل على الغير سواء كان بمال

---

١) راجع شرح الاحوال الشخصية

أم بغيره لقوله تعالى «فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ» وقوله «وَوَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ»

ومعناها شرعاً تمليك المال فى الحال بلا عوض أما تمليك غير المال كالمنافع وتمليك المال بعد الموت أو بعوض فلا يسمى هبة وقد اختلف في الهبة بشرط العوض فقال الامام أبو حنيفة انها هبة ابتداء وبيع انتهاء ويتفرع على ذلك انها قبل تسليم العوض لا تملك الا بالقبض التام المستوفى لشرائطه الآتى بيانها ولا تنفذ فيها تصرفات الموهوب له قبله ويجوز للواهب التصرف فيها وغير ذلك من الاحكام . وقال الصاحبان انها بيع ابتداء وانتهاء فتملك بمجرد تمام العقد ولا تنفذ فيها تصرفات الواهب الا باجازة الموهوب له وهذا هو الظاهر والأول هو الذى عليه الفتوى هذا اذا كان العوض مالا فان كان غير مال بأن كان منفعة أو عملا أو كفًّا عن عمل شيء فلا يكون بيعاً وركنها الايجاب والقبول وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل ما أفاد تمليك المال في الحال بلا عوض يصح أن يكون ايجابا وقبولا

وأما شروطها فمنها ما يكون فى الواهب ومنها ما يكون فى الموهوب له ومنها ما يكون فى الشيء الموهوب . فأما الشروط التى فى الواهب فهي أن يكون حراً بالغاً مختاراً غير محجور عليه لدين أو سفه مالكا للعين الموهوبة فمن استوفى هذه الشرائط صحت هبته ولو بكل ماله على رأى الامام وأبى يوسف لأى شخص شاء سواء كان له ورثة أم لا وقال محمد وبعض المحققين من الحنفية انه لا يصح التبرع بكل المال ولو فى وجوه الخير وعدوا من يفعل ذلك سفيها يجب الحجر عليه كما سيأتى

وهذه الشروط انما هي بالنسبة للصحيح أما المريض وهو الذي يعجز عن مباشرة أعماله وينتهي مرضه بالموت فحكم هبته كحكم الوصية الآتي بيانها. وأما الشروط التي في الموهوب له فهي أن يكون موجودا تحقيقا وقت الهبة بأن يكون مولودا ولو صغيرا لا يعقل أو مجنونا ويقبل عنه وليه أو وصيه أو من يربيه ولو كان أجنبيا عنه ويقبضها له أما اذا لم يكن موجودا أصلا أو كان موجودا تقديرا بأن كان جنينا في بطن أمه فلا تصح له الهبة مطلقا بل تكون باطلة

وأما الشروط التي في الشيء الموهوب فخمسة . الأول أن يكون موجودا تحقيقا كما ذكر فلا تصح هبة ماستخرج الأشجار من الثمار أو تلد الدابة من النتاج. الثاني ان يكون مالا متقوما. الثالث أن يكون مملوكا في نفسه. الرابع أن لا يكون متصلا بملك الواهب اتصال قرار كالزرع والشجر والبناء دون الارض بل يجب فصلها وتسليمها حتى تملك للموهوب له أما اذا لم يكن الاتصال اتصال قرار بل اتصال مجاورة بان كان الموهوب مشغولا بملك الواهب أو شاغلا له فالحكم أنه في الصورة الأولى لا يكون التسليم معتبرا الا اذا كان بعد اخلاء الشيء الموهوب تماما وتسليمه فارغا منه وفي الصورة الثانيه يصح التسليم ويكون معتبرا شرعا بمجرد التخلية بين الموهوب له والشيء الموهوب والمراد بالتخلية ازالة الموانع من الاستلام والاذن بالأخذ . الخامس أن يكون مفرزا أي غير مشاع ولكن هذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل وبيانه : أن المشاع اما أن يكون قابلا للقسمة أي يمكن الانتفاع به بعد القسمة الانتفاع الأصلي أولا . والهبة اما أن تكون للشريك أو

لغيره فان كانت هبة المشاع للشريك صحت سواء كان قابلا للقسمة، أم لا وان كانت لغيره فان كان غير قابل للقسمة صحت أيضا وكان استلامه الموهوب مشاعا معتبراً لانه لا يمكن الافراز الا بضرر وهو يزال شرعا وان كان قابلا للقسمة لاتصح الهبة ولا تملك الا اذا سلم الموهوب بعد الافراز بأن يقسم ثم يسلم ولو بعد صدور عقد الهبة وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام (لا تَجُوزُ الْهِبَةُ الاَّ مَقْبُوضَةً) أى لاتصح . والقبض اذا أطلق ينصرف للكامل منه ولا يكون كاملا الا اذا دخل فى حوزة القابض من كل وجه والمشاع ليس كذلك لانه بعد القبض يكون في حوزته من وجه وفى حوزة شركائه من وجه آخر ومن الممكن جعله فى حوزته وحده بقسمته أولا . والحكمة فى ذلك أن الهبة عقد ضعيف لعدم البدل فيها فيجب فى ثبوت الملكية أن يتقوى بالقبض . ويتفرع على ما ذكر أنه لو استلم الموهوب له الهبة مشاعة فيما يقبل القسمة لا يملكها ولا تنفذ فيها تصرفاته ويضمنها بمثلها أوقيمتها ان استهلكها ويجوز للواهب أن يستردها بدون قضاء ولا رضاء ويتصرف فيها بسائر التصرفات الشرعية . وحكمها أنها متى استوفت شرائطها تفيد الملك بالقبض التام المعتبر شرعا وهو ما كان باذن الواهب صراحة كخذ العين الموهوبة لك أو دلالة كأن يأخذها الموهوب له بحضور الواهب ولم ينهه عن أخذها فان نهاه فلا يكون القبض معتبرا

وقال الامام مالك رضى الله عنه ان الهبة تملك بمجرد العقد كالبيع ولو لم يقبضها . وملك الهبة بعد القبض غير لازم عند الحنفية فيجوز الرجوع فيها مع الكراهة بحكم من القاضى مادام الرجوع ممكنا والدليل على

ذلك قوله عليـه الصلاة والسلام « الواهب أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا» اى لم يعوض عنها

وتبطل الهبة اذا مات الواهب أو الموهوب له او هلك الشيء الموهوب قبل التسليم وقال الامام مالك لاتبطل لأنها تملك عنده بمجرد العقد كما سبق وأحكام الهبة مذكورة بأوسـع بيان فى قسم الأحوال الشخصية

أما ما يتعلق بعقد الهبة قانونا فأحكام قليلة جـدا لان لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت فى المادة (١٦) على أنه لايجوز للمحاكم الأهلية النظر فى الهبة لتعلقها بالأحوال الشخصية وما ذكر منها قانونا يختص بشروط الهبة . وشكل عقدها ، وحكمها . ومايبطلها وذلك مدون بالمواد من (٤٨ — ٥٢) بالتسلسل فأما شروطها فكلها موافقة للنصوص الشرعية ماعدا ماجاء بالمادة (٥١) من أن الهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل القبول ولورثته حق قبولها فان الشريعة توجب ارتباط القبول بالايجاب فى جميع العقود ماعدا عقد الوصية

وأما شكل عقدها فقد اشترط القانون أن يكون رسميا فان لم يقترن القبول بالايجاب وجب أن يكون كل منهما رسميا أيضا والا كانت باطلة وذلك فيما عدا ما اذا كان الموهوب منقولا وتسلمه الموهوب له من الواهب — والشريعة لا تشترط ذلك - وأما حكمها قانونا فهو افادة الملك بمجرد العقد وهو موافق لرأى الامام مالك رضى الله عنه ولـكنها لاتتم الا بالقبض الا اذا كان الموهوب عقارا مسجلا فانه يجوز للواهب وضع يده عليه . ولايجوز الرجوع فيها متى كان العقد رسميا أو منقولا وتسلم . والقبض فى العقار بالتخلية وفى المنقـول بالمعاطاة . ويبطلها : الاكراه على الاعطاء أو الأخذ . وكون عقدها غير رسمي فى العقارات والمنقولات التي لم تسلم للموهوب له . وموت الواهب أو فقده الأهلية قبل القبول . أما الموهوب له

فقد سبق أن موته لا يبطلها وبالأولى لا يبطلها فقده الأهلية ويكون للورثة حق قبولها لأن ارتباط القبول بالايجاب ليس بشرط قانونا

---

(٣) الوصية «١»

الوصية اما أن تكون بالأعيان واما أن تكون بالمنافع فالوصية بالمنافع سبق بيانها فى الكلام على أسباب ملك المنفعة وحق الانتفاع والوصيه بالأعيان هى المرادة هنا لانها هى التى تفيد الملك التام واليك بيانها بالاختصار

الوصية معناها شرعا تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وركنها الايجاب والقبول وهذا العقد ليس كبقية العقود فى وجوب ارتباط القبول بالايجاب فى مجلس العقد بل القبول فيها لايكون معتبرا شرعا الابعد وفاة الموصي وأما قبل وفاته فلا يكون معتبرا ولا يفيد تملك العين الموصى بها بل يكون للموصى ما دام حيا الحق في ابطال الوصية والتصرف فى العين الموصى بها التصرف المطلق ويترتب على ذلك أنه اذا قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى صراحة كأن يقول قبلت أو أخذت أو دلالة كأن يموت الموصي له بعد وفاة الموصى قبل القبول والرد فانه يملكها حال حياته وتورث عنه اذا مات واذا ردها بطلت الوصية ورجعت العين الى ملك ورثة الموصى

ولا فرق فى صحة الوصية بين صدورها من الموصى حال صحته أو فى مرض موته

---

١) راجع شرح الأحوال الشخصية .

وللوصية شروط كثيرة منها ما يكون فى الموصي ومنها ما يكون فى الموصَى له ومنها ما يكون في العين الموصى بها

فالشروط التى تكون فى الموصى هي أن يكون حراً بالغاً عاقلا غير مدين ديناً مستغرقاً لتركته والتى فى الموصى له أن يكون موجوداً ولو تقديراً بأن كان جنيناً وقت وفاة الوصى اذا كانت الوصية لغير معين كأن قال أوصيت لأولاد فلان بكذا فان كانت لمعين اشترط وجوده وقت الوصية ووقت وفاة الموصى . وأن يكون غير وارث والتى فى العين الموصى بها أن تكون مالا متقوماً مملوكا فى نفسه وللموصي وقت وفاته وألا تزيد على ثلث التركة ان كان له وارث

وحكمها أنها تفيد الملك بالقبول ولو قبل الاستلام وذلك على التفصيل الآتى وبيانه

أن الموصى اما أن يكون له ورثة أولا . وعلى كل فاما أن يكون مديناً أو غير مدين واذا كان مديناً فاما أن يكون دينه مستغرقاً لتركته أولا .والموصَى له اما أن يكون وارثاً أوغير وارث. والموصى به اما أن يكون مساوياً لثلث التركة أو أقل أو أكثر . فان كان الموصى لا دين عليه ولا وارث له جاز له أن يوصي بماله كله أو بعضه لمن يشاء وان كان مديناً ديناً مستغرقاً لتركته فلا تنفذ وصيته بأى مقدار كان لاى شخص كان الا اذا أجازها الدائنون سواء كان له وارث أم لا لأن حق الدائنين فى التركة مقدم على حق الورثة وان كان غير مدين أصلا وله ورثة فان كانت الوصية لوارث فلا تنفذ سواء كان الموصى به قليلا أم كثيراً الا باجازة الورثة لقوله صلى الله عليه وسلم «لا وصيّة لوارث

الا أن تجيزها الورثة » اذ لا يخفى ما ينتج عن تفضيل بعض الورثة على بعض من الشقاق والبغضاء المنهى عليه بقوله تعالى « وَلاَ تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم » وان كانت لغير وارث فان كانت مساوية لثلث التركة أو أقل نفذت بدون توقف على اجازة الورثة وان كانت بأكثر نفذت فيما يساوي الثلث وتوقفت على الاجازة فيما زاد عن الثلث وذلك لما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال « جاءنى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من مرض اشتدّ بى فقلتُ يارسولَ الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأوصى بثلثى مالى قال لا قلت فالشطر يارسول الله قال لا قلت فالثلثُ قال الثلثُ والثلثُ كثير . لأن تترك ورثتك أغنياء خيرٌ لك من أن تدعهم عالةً يتكففون الناسَ » وان كان مدينًا دينًا غير مستغرق لتركته بأن كان دينه ألف جنيه مصرى وتركته تساوى أربعة آلاف اعتبر ما يساوي الدين تركة مستقلة مستغرقة بالديون والباقى تركة خالية عنها وأعطى لكل منهما حكمه وبقية أحكام الوصية مذكورة بأوسع بيان وأحسن تفصيل في الأحوال الشخصية

لم يتعرض القانون المدنى لأحكام الوصية لأن المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لم تجز نظرها فى هذه المحاكم ولهذا أحال القانون بالمادة (٥٥) كل طائفة على أحوالها الشخصية فيما يختص بعقد الوصية

غير العقود التي تفيد الملك

(١) الميراث «١»

الميراث له معان كثيرة فيطلق، على الارث وعلى مايتركه الميت لورثته . وعلى علم الميراث الذي يعرف به الوارث من غيره ونصيب كل وارث . والمسلمون يتبعون في توارثهم أحكام الشريعة الغراء المبينة في محلها . وأما الذميون فيتبعون في توارثهم أحكام أحوالهم الشخصية لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أُمِرْنا بتركهم وَمَا يَدِينُون» فان تراضوا وترافعوا الى القاضى الشرعي حكم بينهم بمقتضى نصوص الشريعة الاسلامية لقوله تعالى « فانْ جاءوكَ فاحكمْ بَيْنهمْ بما أنزل الله »

ليس فى القانون المدني مايخالف ماذكر فقد جاء بالمادة ٥٤ مانصه «يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى . أما حق الارث فى منفعة الأموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية » وهى الشريعة الاسلامية. وقد استثنى شارح القانون من عموم المادة المذكورة حالة أخري وهى مااذا اختلف الورثة من الأقباط أمام البطركخانة فانهم فى هذه الحالة يتوارثون على مقتضى الشريعة الغراء (شرح القانون ص ٧٧)

---

١) راجع شرح الاحوال الشخصية

(٢) كتاب الشفعة

الكلام على الشفعة ينحصر في : تعريفها . وأصل مشروعيتها . وأسبابها . وما تثبت فيه ومالا تثبت . وطلباتها . وأحكامها . والتصرف فيها . واستحقاقها . وتجزئتها . وما يسقطها. واليك بيان كلٍّ

تعريف الشفعة

الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر يقال شفع الرجل شفعاً اذا ضم اليه آخر وهذا المعنى ملحوظ في هذه التسمية لان الشفيع يضم المأخوذ بالشفعة الى ملكه

ومعناها شرعا حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشترى بما قام عليه من الثمن والمصاريف

أصل مشروعيتها

الشفعة مشروعة على خلاف القياس بالسنة والاجماع أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام « الجَارُ أَحقُّ بشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا وَانْ كَانَ غَائِباً اذا كَانَ طَرِيقهُمَا وَاحِداً » وقوله « جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بالدَّارِ مِن غَيرِهِ » وما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم « قَضَى بالشُّفْعَةِ فى كلِّ شَرِكَةٍ لَمْ تُقْسَمْ رَبْعَةٍ (محلة الشخص) أو حائطٍ (بستان) أو أرضٍ لا يحلّ له أن يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ فَانْ شَاءَ أَخَذَ وَان شَاءَ تَرَكَ وَانْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ

فهو أحقُّ بِهِ» وعن عُبَادَةَ بن الصَّامت رضى الله عنه ان النبى عليه الصلاة والسلام « قَضَى بالشُفْعَةِ بَيْنَ الشُرَكَاءِ فِي الأَرَضِينَ وَالدُّورِ » وأما الاجماع فهو مانراه من الأخذ بها في كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد أئمة الاسلام . وانما كانت شرعيتها على خلاف القياس لأن الأصل فى الشريعة الغراء أن لا يسلب شخص حق الملكية الا برضاه ولايجوز انتزاع هذا الحق جبراً عنه الا بمسوغ شرعي كما هنا

حكمة مشروعية الشفعة

حكمة مشروعية الشفعة عند الامام أبى حنيفة وأصحابه دفع الضرر الدائم عن الشفيع الذى ربما ينشأ من المشترى بسبب سوء المعاشرة والمعاملة لا سيما اذا كان يضاده فى الأخلاق والعادات فان الضرر يكون حينئذ عليه أشد والأذى له ألزم ففى آثار الحكماء « أضيق السجون معاشرة الأضداد » وقد بنيت هذه الحكمة على ما قرره الأصوليون من أنه لاضرر ولا ضرار فى الاسلام وان الضرر يزال شرعاً وعلى هذا ففى كل شراء يخشى منه ضرر دائم لمن يتصل عقاره بالمبيع يكون له حق دفع هذا الضرر بالأخذ بالشفعة ولا فرق بين أن يكون الاتصال بالشركة أو بالجوار فى ثبوت هذا الحق كما سيأتى . وقد لاحظ الفقهاء أن هذه الحكمة أى خوف حصول الضرر للشفيع تضعف جداً أمام حرمان المشترى من التمتع بربحه فى البيع الذى قد يكون كثيراً جداً ويظهر ذلك جلياً فى بيع الأصول لفروعهم مثلا بعض

عقارهم أو كله بالثمن البخس فأخذه بالشفعة يوجب بالتحقيق ضررا للمشترى أشد من ضرر الشفيع بجواره له ومما يزيد هذه الحكمة ضعفاً أن الشفعة في ذاتها لا تدفع ضرر الجوار الجديد لأن الأخذ بها يحدث جواراً جديداً أيضا فيقع الشفيع فيما فر منه ولا تظهر هذه الحكمة جلياً الا اذا كان المبيع مشاعاً لا يقبل القسمة كما لا يخفى فلهذا قالوا ان حق الشفعة ضعيف يسقط بأوهى الأسباب ودوّنوا لاسقاطها من الحيل ما لا يدخل تحت حصر وقد بالغوا فى ذلك فقال بعضهم انه اذا كان الاخبار بالبيع فى أول الكتاب أو وسطه وأتم قراءته قبل الطلب بطلت شفعته

قد لاحظت ذلك الحكومة المصرية أيضا فنصت فى المادة الثالثة من قانون الشفعة على أنه لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة

سبب الأخذ بالشفعة

سبب الأخذ بالشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع اتصال شركة أو اتصال جوار من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة والشركة على ثلاثة أنواع : شركة فى نفس العقار المبيع بأن يكون لأخوين منزل ورثاه عن أبيهما ولم يقتسماه . وشركة فى أرض الحائط بأن كانا فى المثال السابق قد اقتسما المنزل وأبقيا أرض الحائط الفاصل بينهما مشتركة . وشركة فى حقوق الارتفاق بأن كان لاثنين أو أكثر

شرب خاص أو طريق خاص . وقد اختلف الفقهاء في تفسير الشرب الخاص فقال الامام ومحمد انه النهر الصغير الذي لا تجرى فيه السفن وقال عامة المشايخ انه ما يحصى مالكوه عدداً ولكنهم اختلفوا فيما يحصى فقال بعضهم هو ما كان أقل من خمسمائة . وقال البعض الآخر هو ما كان أقل من أربعين . وقال آخرون يفوّض الرأي الى القاضي ليفصل فيما اذا كان الشرب عاما أو خاصا . والطريق الخاص هو ما كان غير نافذ فاذا باع شخص داره التي بابها في هذا الطريق الخاص كان لجميع الشركاء في الطريق وهم الذين أبواب دورهم فيه حق الأخذ بالشفعة ولو لم يكونوا ملاصقين للدار المبيعة لأن حق الارتفاق مقدم على الجوار واذا تفرع من الشرب الخاص أو الطريق الخاص شرب خاص أو طريق خاص أو أكثر وباع أصحاب الداخل منهما عقاره كان لشركاء فيه خاصة حق الشفعة دون أصحاب الخارج أما اذا باع أحد أصحاب القسم الخارج عقاره فللجميع حق الأخذ بالشفعة بلا فرق بين أصحاب الداخل والخارج لأن لهم كلهم حق المرور في القسمين هذا كله اذا لم يكن في الطريق الخاص مسجد عام والا كان من أوله الى باب المسجد طريقاً عاماً . وحكم الطريق العام أنه لا شفعة فيه الا للجار الملاصق ولو لم يكن باب داره في الطريق الذي فيه باب الدار المبيعة ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق واسعاً أو ضيقاً وبين أن يكون الجزء الملاصق من دار الشفيع للمبيع قليلا أو كثيرا فمقدار شبر واحد ملاصق يثبت لصاحبه حق الشفعة في كل المبيع كما يثبته لمن كان ملكه ملاصقاً من جهتين على السواء

وقد جرى على ذلك قانون الشفعة فيما يختص بالشفعة في العقارات المبنية أو المعدة للبناء سواء كانت في المدن أو القرى ولكنه في الأرض المعدة للزراعة اشترط في الجوار أن يكون من جهتين وأن يكون ملك الشفيع الذي يشفع به لا يقل ثمنه عن نصف ثمن العقار المشفوع (مادة أولى فقرة ثانية) ولم تفرق الشريعة الغراء في الجوار بين أرض البناء وأرض المزارع بل جعلت حق الشفعة في كل منهما للجار مهما قل الجزء المجاور من ملكه للمبيع

أما اذا كان بين الجارين فاصل فلا شفعة وقيل ان كان الفاصل صغيراً بحيث لا يصلح أن يكون ممرا ثبتت الشفعة للجوار حكما والا فلا شفعة والأول هو المعتمد

ويعتبر كل من صاحب العلو والسفل جارا ملاصقا ان كان لكل منهما باب وحده وكان أحدهما أو كل منهما في طريق عام فان كان بابهما واحداً أو لهما بابان في زقاق غير نافذ فهما شريكان في حقوق الارتفاق

وانما ثبتت الشفعة في البناء وبه وحده هنا على خلاف القياس لشبهه بالعقار في دوام الجوار. واختلف في البناء على الأرض المحتكرة فأثبت ابن الكمال والقاضي أبو السعود فيه الشفعة لحق التعلي لما لكل منهما من حق القرار. وقال بعض الفقهاء لا شفعة فيه لأن حق القرار قد يزول بامتناع المستأجر عن دفع الأجرة فتنزع منه الأرض المحتكرة

وقد جرى هذا الخلاف بعينه بين رجال القانون الأهلي فحكم بعضهم بثبوتها كما رآه ابن الكمال (انظر حكم الاستئناف الأهلي في ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم سنة رابعة) وحكم بعضهم بعدم ثبوتها كما رآه جمهور الفقهاء (انظر حكم محكمة مصر في ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ المحاكم سنة رابعة)

وواضع أخشاب سقف داره على الحائط المملوك جميعه لجاره والشريك فى خشبة أو أخشاب عليه والشريك فى بناء الحائط فقط دون الأرض القائم عليها يعتبر جارا ملاصقا لا شريكا لأن وضع الأخشاب على ملك الغير والشركة فى المنقولات وان كثرت وتعددت أنواعها لا تجعل لأصحابها امتيازا على غيرهم من الجيران بل الكل متساوون فى استحقاق الشفعة بالجوار اذ لا عبرة بالشركة فى المنقول

ترتيب الشفعاء

ترتيب الشفعاء تابع لشدة الضرر الذى يلحقهم وقلته فكلما كان الضرر أشد على شخص كان أحق بالشفعة من غيره وليس للأقل ضررا أن يأخذ مع وجود الأكثر ضررا الا اذا أعرض عنها

ولما كانت شدة الاتصال موجبة لشدة الضرر وبالعكس كان ترتيب الشفعاء كما يأتى

أولا ـ الشريك فى نفس العقار

ثانياً ـ الشريك فى أرض الحائط

ثالثاً ـ الشريك فى حق الارتفاق

رابعاً ـ الجار الملاصق

فاذا لم يوجد مستحق للشفعة الا واحداً من هؤلاء فهى له لعدم المزاحم وان تعدد الشفعاء فالأول مقدم فان لم يوجد أو سقطت شفعته فالثانى وهكذا واذا تعدد أهل رتبة واحدة كالشركاء فى نفس المبيع او فى حقوقه أو الجيران وطلب الجميع الشفعة وأخذوها بالرضا أو

القضاء قسمت الأرض المشفوعة بينهم بالتساوى على رأى علماء الحنفية واستدلوا على ذلك بدليلين نقلى وعقلى فالنقلى قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة على رءوس الرجال » . والعقلى أن الشفعاء استووا فى سبب استحقاق الكل لكل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل سواء كان مايشفع به قليلا أم كثيراً والتساوى فى السبب يوجب التساوى فى الأخذ ويترتب على ذلك أنه لو كان لأربعة أشخاص مثلا عقار مشترك وباع أحدهم نصيبه لأحد الشركاء فللآخرين حق الأخذ بالشفعة ويجعل المشترى كأنه شفيع مع من طلب فيأخذ مثلهما اشتراه ويحكم بالباقى للشفيع

وقال الامام الشافعى ان الشفعة تقسم بين الشفعاء بنسبة أملاكهم مستدلا على ذلك بأن الشفعة من مرافق الملك وفوائده فهى تشبه الثمرة والغلة والنتاج وهذه تتبع الملك كثرة وقلة

واذا أسقط بعض المستحقين حقه فان كان الاسقاط قبل الحكم بالشفعة قضى بالكل لمن بقى لأن التجزئة لاتكون الا مع المزاحمة وقد انتفت . وان كان الاسقاط بعد الحكم لا يأخذ الباقى نصيب التارك لأن القضاء يقطع حق كل واحد منهم فى نصيب الآخر هذا كله اذا كان جميع الشفعاء حاضرين فان كان البعض حاضراً والبعض غائبا أو كان الكل غائبين حكم للحاضر أو لمن يحضر بالكل لأن الغائب يحتمل أن لايطلب والشك لايستوجب تأخير الحكم فى كل الحق أو بعضه الى حين حضوره . واذا حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفية شرائطها ينظر : فان كان مساويا لمن حكم له فى الرتبة أشركه

القاضى معه فى الشفعة وان كان أقوى منه أبطل الحكم الأول وحكم له بالكل وان كان أقل فى الرتبة لا يسمع دعواه

ويجب على كل من حضر من الشفعاء أن يطلب الشفعة فى الكل ولو كان له شركاء متساوون معه فى الرتبة أو كان هناك من هو أقوى منه لأن غيره قد لا يطلب أو قد تسقط شفعته أو قد لا يؤدى طلباتها الأداء المطلوب شرعا فان تأخر أو طلب البعض سقطت شفعته

الترتيب القانونى للشفعاء

(١) مالك الرقبة — فى حالة ما اذا كان العقار مملوكا لشخص ومنفعته مملوكة لآخر ثم باع مالك المنفعة منفعته ولا شفعة لغير مالك الرقبة حتى اذا لم يأخذ لا تنتقل لغيره لأن الشفعة هنا تثبت على خلاف القياس وما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه — وهذا النوع من الشفعة غير معروف فى الشريعة لأن ما ترتب عليه وهو بيع المنفعة غير معروف فيها بل العقد على المنافع بعوض يسمى اجارة

(٢) الشريك الذى له حصة مشاعة
(٣) صاحب حق الانتفاع
(٤) الجار المالك (مادة ٧)

هذا الترتيب موافق تماما للمذهب الحنفى

التقسيم القانونى للشفعة على الشفعاء

التقسيم المذكور موافق لمذهب الامام الشافعى السابق ذكره أى أن العقار المشفوع يقسم قانونا بنسبة ملاك الشفعاء

إسقاط البعض حقه قبل الحكم وبعده قانونا

لم أر في القانون ولا في شرحه ما يخالف الأحكام المذكورة على المذهب الحنفي فيما يختص بهذا الاسقاط

ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت

الذى تثبت فيه الشفعة هو العقار المبيع بيعا مستوفيا لجميع الشروط بعوض مالىّ ويؤخذ من هذا التعريف أنها لا تثبت فيما يأتى :

أولا — فى المنقول مطلقا الا اذا كان تابعا للعقار أو كان بناء لعلو على سفل لآخر أو بناء على أرض محتكرة على رأى بعض الفقهاء وقال الامام مالك ان البناء والاشجار عقار فتصح فيهما الشفعة عنده

ثانياً — فى العقار غير المبيع بأن ملك بهبة غير مشروط فيها العوض أو وصية أو ميراث

فاذا كانت الهبة مشروطا فيها العوض وسلمت العين الموهوبة دون العوض . فقال الامام أبو حنيفة لا تثبت الشفعة الا بعد أخذ العوض . وقال الصاحبان تثبت لأنها عندهما بيع من وقت العقد وعند الامام من وقت تسليم العوض وقد سبق بيان ذلك

ثالثا — فى العقار المبيع اذا لم يستوف شرائطه فان كان باطلا فلا شفعة فيه أصلا لانعدام عقد البيع المبنى عليه الشفعة وان كان فاسدا فكذلك الا اذا انقطع فيه حق الفسخ ومما يقطع حق فسخه زيادة المشترى فيه بناء أو غراسا أو التصرف فيه بما يخرجه عن ملكه كالبيع والهبة مع التسليم والوقف ومتى حصل شىء من ذلك وجب على المشترى قيمته وتثبت فيه الشفعة

وان كان موقوفا على الاجازة فلا شفعة فيه الا بعد اجازته اجازة معتبرة شرعا وسيأتى بيانها وان كان غير لازم بأن كان للبائع خيار شرط فيه فلا شفعة حتى يجيز العقد أو تمضى أيام الخيار بلا اجازة ولا فسخ بخلاف ماذا كان الخيار للمشترى

رابعا — اذا كان العوض غير مال كأن جعل العقار مهراً أو بدل خلع أو عتق أو صلح عن دم العمد أو أجرة طبيب أو مسكن أو أرض زراعية ولا فرق فى عدم ثبوت الشفعة بين اعطاء كل العقار فى مقابلة ماذكر وبين أن يقابل بعضه بالمال كأن يتزوج امرأة على أرض أو دار على أن ترد عليه مائة جنيه مصرى اذ معنى البيع تابع فى هذا العقد للزواج لأنه وان اشتمل على زواج وبيع لكن المقصود منه الزواج بدليل أنه ينعقد بلفظ الزواج ولا شفعة فى الأصل فكذا التبع

وقال الشافعى تثبت فيما بيع بهذه الأشياء الثلاثه الأخيرة لأن المنافع عنده أموال فيصدق على كل منها أنه عقد بيع والحنفية يعتبرونه عقد اجارة

خامسا — فى العقار المقسوم بين الشركاء لأن فى القسمة معنى الافراز والشفعة لم تجز الا فى المبادلة المطلقة

سادسا — فيما رد بخيار رؤية أو شرط أو بخيار عيب بقضاء وذلك كله بعد التسليم لأنه فسخ لا بيع أما اذا كان الرد قبل التسليم مطلقا أو بعده بعيب بلا قضاء أو كان الرد اقالة بلفظها فله الشفعة لأنها بمنزلة بيع جديد فان كانت الاقالة بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد فلا شفعة اتفاقاً

وقال زفر لا تثبت الشفعة بالرد بالعيب والاقالة ولو بغير قضاء لأن الرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لا بيع لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتعاقدين وهو وجيه

سابعا – فى الوقف وسبب ذلك ظاهر لكن اذا بيع بمسوغه الشرعى تثبت فيه الشفعة

أما الذى تثبت فيه الشفعة فهو العقار المملوك للشفيع ملكا تاما من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة . أما غير العقار (الا ما استثنى من العلوّ والسفل والبناء على الأرض المحتكرة) والعقار غير المملوك كالمستأجر والمرهون والمأخوذ من الحكومة للانتفاع به والموقوف والعقار المملوك بعقد فاسد ولم ينقطع فيه حق الفسخ فلا تثبت به الشفعة

(وليس فى قانون الشفعة ما يخالف ذلك)

ويترتب على جميع ما ذكر أنه اذا بيع عقار بيعاً مستوفياً لشرائطه بعوض مالى كان لكل من يتصل عقاره بهذا المبيع اتصال قرار حق الأخذ بالشفعة شرعاً بلا فرق بين عقد وآخر

نص القانون على عدم ثبوت الشفعة فى أنواع من البيوع لم يرد فى الشريعة الغراء نص على استثنائها وتلك الأنواع هى :

أولا — ما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس الى آخر المادة الثالثة المذكورة فى حكمة مشروعية الشفعة

ثانياً — الهبة بعوض فانها على القول المعتمد فى المذهب الحنفى بيع ابتداء وانتهاء وكذلك فى بقية المذاهب

ثالثاً — الصلح من خصومة قائمة أمام الحاكم على عقار بترك العقار فى مقابل

دين نقدى — وهو بيع تصح فيه الشفعة شرعا (أنظر الصلح عن اقرار فى كتاب الصلح)

رابعاً — البيع المأخوذ فيه العقار للمنافع العامة لأنه لا فائدة للشفعة فيه

خامساً — ما بيع بالمزايدة أمام احدى الجهات الادارية أو القضائية بأحد السببين الآتيين (١) اذا كان البيع لعدم امكان قسمة العقار المبيع عينا بين الشركاء فيباع ويقسم ثمنه بينهم (٢) اذا كان لنزع الملكية قهرا . وتثبت فيما بيع بالمزايدة لغير هذين السببين أو بهما ولكن ليس أمام جهة مما ذكر — المادة (٣)

سادساً — ما بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به كالمساجد ومرافقها أما اذا بيع ليكون محلا خيريا كالمستشفيات والملاجىء فالظاهر أن فيها الشفعة لأنه لا نص عليها أنظر المادة (٦)

سابعاً — ما بيع مقايضة بأن يباع عقار بعقار كدار بأرض زراعية أو بستان أو عقار بقيمى آخر من المنقولات . وعلل ذلك شراح القانون بأنه لو جازت الشفعة فى بيع الدار بالبستان مثلا لكان فى أخذ الدار أو البستان بقيمتها نقودا اكراه للبائع على بيعه ملكه بما لا يرضاه لأن كلا من المتقايضين انما فرط فى ملكه ليأخذ نفس البدل ولو عرض عليه ثمنه نقدا ربما لا يرضى به

ولا تخفى حكمة استثناء هذه البيوع مما تثبت فيه الشفعة ولم أر فى نصوص الشريعة الغراء ما يفيد استثناء شىء منها حتى ما بيع جبرا للمنافع العامة مع ظهور عدم فائدة الشفعة حينئذ لأنها كذلك تنزع من الشفيع فابحث لعلك تجد من النصوص ما يفيد عدم ثبوتها فيها

وبقية الأنواع المستثناة قانوناً من ثبوت حق الشفعة فيها كوضع العقار فى الشركة وقسمته والبيع الباطل والفاسد والموقوف نفاذه على شرط والمعلق على الشرط فلا شفعة فيها شرعا كما يعلم من تتبع أحكام الشفعة (صفحة ٨٣ و ٨٤ شرح القانون)

طلبات الشفعة

طلبات الشفعة ثلاثة وهي : طلب المواثبة . وطلب التقرير والاشهاد . وطلب الخصومة والتملك . واليك بيان كلٍّ

طلب المواثبة — سمى هذا الطلب بذلك لقوله صلى الله عليه وسلم (الشُّفْعَةُ لِمَنْ واثَبَهَا) ومعنى المواثبة المبادرة لأنها مأخوذة من الوثب وهو العَدْوُ الشديد لادراك شيء بسرعة وهذا الطلب يجب أن يعمله الشفيع بمجرد علمه بالمبيع والثمن والمشترى فان تأخر بلا عذر بطلت شفعته لقوله عليه الصلاة والسلام (اِنَّمَا الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ عِقَالٍ انْ قَيَّدَهَا ثَبَتَتْ والاّ ذَهَبَتْ) واذا لم يعلم بأحد هذه الأشياء الثلاثة وتأخر عن الطلب لا تبطل لأنه اذا لم يعلم بالمبيع لا يمكن الطلب لجواز أن يكون مما لا شفعة له فيه واذا لم يعلم بالثمن يتعذر عليه معرفة ما اذا كان قليلا أو مناسبا فيأخذ أو كثيراً لا يمكنه دفعه فيترك واذا لم يعلم بالمشترى لا يمكنه معرفة أخلاقه ومكانته حتى اذا كان حسن العشرة ترك وان كان سيئها طلب وطرق العلم مختلفة فقد يعلم بسبب اخبار البائع أو المشترى أو بواسطة رسول أو خطاب من قبل أحدهما وهؤلاء لا تشترط عدالة المخبر منهم بالبيع اتفاقاً لأنهم أخصام والخصم لا تشترط عدالته فيجب الطلب عقب العلم مباشرة وقد بالغ بعض الفقهاء في وجوب المبادرة بالطلب فقال ان كان الاخبار بكتاب ذكر في أوله أو في وسطه البيع وفي آخره ما لا علاقة له به فتمادى في القراءة الى آخر الكتاب ثم طلب بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب عقب العلم ولكن الصحيح أنها لا تسقط لاعتبار مجلس العلم شيئاً واحداً ما لم يظهر اعراضه وقد يكون الاخبار بواسطة فضولى وهو من

يشتغل بما لا يعنيه . وقد اشترط الامام فيه أن يكون عدلا أو عددا أقله رجلان أو رجل وامرأتان . وقال الصاحبان لا تشترط العدالة ولا العدد بل يجب الطلب سواء كان المخبر عدلا أم فاسقاً حراً أم عبداً مذكراً أم مؤنثاً . وفى رواية عن محمد أن له التأمل الى آخر المجلس لأنه تملك فلابد من التروى وعلى ذلك يكون الطلب على المجلس طال أو قصر مالم يعرض أو يتشاغل بغير الطلب وهو وجيه وان كان القول بأنه يجب على الفور هو المعتمد وفائدة هذا الطلب العلم بأنه غير معرض عن الشفعة حتى يمكنه الحلف بأنه طلبها على الفور اذا طلب منه اليمين ولا فرق فى لزوم الطلب باللسان بين أن يكون عنده انسان أو لم يكن لما ذكر . وقال الحسن بن زياد ليس عليه أن يتكلم بالطلب اذا لم يكن بحضرته أحد . والظاهر أنه يكفى عنده نية الأخذ ويحاف على ذلك ان طلب منه ويكفيه فى ثبوت عدم الاعراض على رأيه

طلب التقرير والاشهاد — سمى هذا الطلب بذلك لأن به تتقرر الشفعة للشفيع أى تثبت ولا تسقط الا اذا أسقطها ولأن الاشهاد مقترن به والمدة التى بينه وبين الطلب الأول هى بمقدار ما يتمكن من عمله فان لم يكن عنده عذر يمنعه من عمله عقب طلب المواثبة وجب عليه عمله حينئذ والا فعند زوال العذر . ومن الأعذار على ما قاله صاحب خلاصة الفتاوى أن يعلم الشفيع بالشفعة ليلا ولم يقدر على الخروج للاشهاد فان أشهد حين أصبح صح اشهاده ويقاس عليه ما شابهه من الأعذار . وكيفية هذا الطلب أن يتوجه الى الأقرب من البائع اذا كان المبيع فى يده وقيل لا يشترط استحسانا لكونه أحد العاقدين ومن المشترى مطلقاً

ومن الأرض المشفوعة ومعه رجلان أو رجل وامرأتان ويقول ان فلانا باع أرضه الفلانية ان أشهد عند غيرها أو باع هذه الأرض ان أشهد عندها وأنا شفيعها وقد طلبت طلب المواثبة والآن أطلبها طلب اشهاد وتقرير فاشهدا علىّ بذلك . وفائدة هذا الطلب قطع حجة المشتري اذا أنكر الطلب ولذا قالوا انه لو بلغه البيع بحضور الشهود والمشترى أو البائع أو الأرض وأشهد حينئذ يكفيه ويقوم مقام الطلبين واذا قصد الشفيع الأبعد وأشهد عنده وترك الأقرب فان كانوا فى بلاد مختلفة بطلت شفعته وان كانوا فى بلدة واحدة وكانت صغيرة فلا تبطل لأن البلدة الواحدة تعتبر كل محلاتها سواء أى كمحلة واحدة وان كانت كبيرة وقدروها بأنها ما كانت فرسخا فى فرسخ اعتبرت كل جهة مستقلة عن الأخرى فلو توجه الى من ليس فى جهته وأشهد عنده وترك من فى جهته بطلت شفعته

طلب الخصومة والتملك — سمى هذا الطلب بذلك لأن به يخاصم الشفيع المشترى أي يقيم عليه الدعوى طالباً تسليم العقار المشفوع اليه ونتيجة ذلك التملك والأخذ . والمدة الفاصلة بينه وبين الطلب الثانى يختلف فيها فقال الامام أبو حنيفة ليس لهذا الطلب مدة معينة بل للشفيع أن يطلب فى أى وقت أراد لأن شفعته تقررت بالاشهاد

وقال محمد وزفر ان المدة الفاصلة بينهما مقدّرة بشهر لأنه الحد الفاصل بين الزمن القريب والبعيد حتى لا يتضرر المشترى بالتأخير الى ما لا نهاية له لأنه لا يستطيع التصرف فيما اشتراه قبل سقوط الشفعة كما سيأتى والضرر يزال شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضَرَرَ

ولا ضِرَارَ فى الاسْلاَمِ) هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الشفيع فى هذه المدة يكون قد أعد الثمن والمصاريف وأقام عنه وكيلا ان كان لا يستطيع المخاصمة قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وأخلاقهم وقصدهم الاضرار بالغير وهو رواية عند أبى يوسف وفى رواية عنه أنها لا تسقط الا اذا ترك الشفعة بلا عذر فى مجلس من مجالس القضاء المختصة بسماعها لأن ذلك دليل على اعراضه منه . وكيفيته أن يتوجه الى القاضى ويدعى أن فلاناً باع أرضه الفلانية بكذا لفلان وأنا شفيعها بأرضى الفلانية وقد طلبت الطلبين الأولين فى وقتهما الشرعى والآن أطلبها طلب خصومة وتملك فاحكم لى بها وأطلب سؤال المدعى عليه عن ذلك . وقبل السير فى الاجراءات الأولية لمعرفة ما اذا كانت الشفعة ثابتة للمدعى أو لا يجب استحضار المشترى ان أقيمت الدعوى على البائع لأنه المالك ولا عبرة بعدم الاستلام وان أقيمت على المشترى وجب استحضار البائع ان كان المبيع فى يده لأن له عليه يداً محققة أصالة بخلاف نحو المودع أو المستعير فان يدهم ليست بأصالة فلا يكون خصما وان لم يكن المبيع فى يد البائع فلا يجب استحضاره لأنه بالتسليم صار أجنبيا . وبعد ذلك يسأل القاضى المدعى عما يشفع به وعما اذا كان المشترى استلم المبيع أم لا حتى اذا كان استلمه ورفعت الدعوى على البائع يبطلها ويأمره برفعها من جديد على المشترى ثم يسأله عن وقت علمه بالشراء وماذا صنع وعن طلب الاشهاد والتقرير وكيفيته ووقته وعند من أشهد وهل كان من أشهد عنده أقرب اليه أو لا الى غير ذلك ثم يسأل المدعى عليه عما اذا كان ما قاله المدعى صحيحا أو لا فان اعترف بصحته

حكم بالشفعة للمدعى والا طلب القاضى البينة ممن تجب عليه وتحليف اليمين للآخر عند العجز عن اقامتها حتى يتبين طريق الصواب فى الحكم ثم يحكم بما يراه حقا وصوابا ولا يلزم أن يحضر الشفيع ما يدفعه ثمنا للشفعة وقت الحكم بل بعده وللمدعى عليه حبس المبيع حتى يأخذ الثمن وقال محمد لا يحكم بالشفعة الا بعد احضاره لأن الشفيع ربما كان مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يضيع مال المشترى والأول هو المعتمد لأن ثمن الشفعة لا يستحق على الشفيع الا بعد الحكم فلا يشترط احضاره قبله

وكما يصح أن يكون الخصم فى الشفعة هو المشترى مطلقا أو البائع اذا كان المبيع فى يده يصح أن يكون الخصم هو وكيل المشترى ما دام لم يسلم المبيع لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد فان سلم المبيع فالخصم هو المشترى وأن يكون هو الوكيل بالبيع عن الغائب والوصى اذا باع عقار الأيتام بمسوغه الشرعى اذا كان المبيع في يد كل منهما

وانما تجب هذه الطلبات على الشفيع فى أوقاتها المبينة اذا لم يكن عنده عذر شرعى يمنعه من أدائها كأن يكون صغيرا أو مجنونا ولا ولى ولا وصى له أو غائبا أو مريضا ولا وكيل لهما والا فبعد زوال هذه الاعذار واذا كان للأولين ولى أو وصى وللآخرين وكيل مفوض فلكل منهم أن يطلبها بشرط ألاّ يكون فيها غبن فاحش فان أسقطها أحد هؤلاء أو لم يطلبها فليس لمن تُطْلَب له الشفعة أن يطلبها بعد زوال عذره وقال محمد له حق طلبها ان كانت بمثل القيمة أو أقل

وان لم يكن لهؤلاء ولى ولا وصى ولا وكيل مفوض بالبيع أو كان عند الشفيع أعذار أخرى تمنعه من طلب الشفعة أو الاستمرار فيها فلا تسقط شفعته بل يكون له الحق فى طلبها بعد زوال عذره باتفاق

وأما الطلبات والاجراءات القانونية فبينة بالمواد من ١٥ الى ٢١ ويؤخذ منها أن الطلبات الواجبة قانوناً اثنان: الأول يجب أن يعمله الشفيع بعد علمه بالبيع أو بعد طلب المشترى منه ابداء رغبته بخمسة عشر يوما غير مسافة الطريق الموصل الى محل الطلب وهذا الطلب عبارة عن اعلان البائع والمشترى طلبه كتابة على يد محضر ويجب أن يذكر فيه استعداده لدفع الثمن وملحقاته وأن يسجله ليكون حجة عليهما وهذا الطلب يقوم مقام طلبى المواثبة والاشهاد فى الشريعة الغراء وان كان مخالفاً لهما فى الوقت والكيفية وعمل هذا الطلب غير واجب بل تجوز اقامة الدعوى من أول الأمر كما لا يجب فى الشريعة الغراء عمل طلب اشهاد اذا أشهد عند طلب المواثبة كما ذكر

والثانى منهما هو طلب التملك والمدة بينه وبين الأول ثلاثون يوما (كالمدة التى بين الطلب الثانى والثالث فى المذهب الحنفى) فاذا تأخر الشفيع عن أحد الطلبين حتى انقضت مدته سقطت شفعته ويسقط حق الشفعة اذا تأخر فى جميع الأحوال عن الطلب ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا وبقية الاجراءات والمسقطات لا تختلف عن أحكام الشريعة الغراء

حكم الشفعة

يطلق الحكم ويراد به أثر الشىء المترتب عليه فحكم البيع مثلا التمليك والتملك وحكم الشفعة هو جواز الطلب عند توفر السبب وقيل حكمها هو أنها لا تملك الا بالتراضى أو بقضاء القاضى وذلك ان المشترى ملك المبيع بالشراء فلا يخرج عن ملكه الا برضاه أو بحكم

القاضى لأن له الولاية العامة فيمكنه اخراج الملك عن يد صاحبه وتمليكه لآخر ضمن الحكم بالحق فاذا لم يحصل الرضا أو القضاء فلا تملك الشفعة

يظهر أن القانون الأهلى اعتبر الملكية للشفيع من وقت البيع واعتبر الحكم بها اعلانا لهذا الملك لا انشاء له (أنظر حكم الاستئناف الأهلى ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ المحاكم سنة ٥ . وحكم محكمة طنطا المؤرخ ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية سنة ٣ صفحة ١٠٨)

ويعتبر الأخذ بالشفعة فسخاً فى حق البائع والمشترى وشراءجديداً فى حق الشفيع من وجه لكونه تملك بثمن معلوم . واستيفاء لحقه من وجه آخر. واذا كان الأخذ بعد تسليم العقار للمشترى اعتبر الشراء من المشترى وان كان قبله اعتبر من البائع لتحول الصفقة الى الشفيع ولكن بدون أن يبطل عقد البيع الذى كان سبباً فى الشفعة اذ لو بطل لبطلت الشفعة بالتبعية . فلا ينفسخ أصله انما تنفسخ اضافته الى المشترى . قال الزيلعى وجه الفسخ هنا أن يجعل فسخاً فى حق الاضافة الى المشترى ويبقى أصل العقد مضافاً الى الشفيع كأن البائع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولاً الى الشفيع فلم ينفسخ أصله وانما انفسخت اضافته الى المشترى ونظيره فى المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمى بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الأول قد انتقض بتخلل الثانى وتوجهه اليه فكذا هنا تحولت الشفعة الى الشفيع كأن العقد من الابتداء وقع معه

ويترتب على اعتبار الأخذ بالشفعة شراء جديداً في حق الشفيع أن تكون له جميع الحقوق التي تثبت للمشتري بعقد الشراء كخيار الرؤية والعيب وخيار ظهور خيانة في بيع المرابحة والتولية والوضيعة فالمرابحة البيع بأكثر مما اشترى والتولية بمثله والوضيعة بأقل

ولا يسقط خياره برؤية المشترى ولا بشرط البراءة من العيوب لأن المشترى ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه ولكن لا يكون له خيار الشرط لثبوته على خلاف القياس في البيع الاختياري فلا يثبت في الأخذ الجبرى اذ القاعدة أن ماثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه

ويترتب على كونه استيفاء لحقه أن المأخوذ منه لا يكون ضامناً له بسلامة الزوائد كالبناء ونحوه عند الاستحقاق وعند هلاكها في يده بدون تعد

ثمن الشفعة

ثمن الشفعة هو ما قام على المشترى من الثمن والمؤن الضرورية كأجرة كتابة عقد البيع ومصاريف تسجيله وأجرة الدلال ان كان اشترى بواسطته أما مصاريف اقامة الدعوى فتجب على من يحكم عليه

واذا كان الثمن حالا على المشتري كان حالا على الشفيع باتفاق وان كان مؤجلا فقال الامام أبو حنيفة وصاحباه يكون حالا على الشفيع الا اذا أبقى الأرض تحت يد المشترى حتى يحل الأجل فيدفع الثمن ويأخذها

وعلى ذلك سارت المحاكم الأهلية فقد جاء فى المادة ١٣ من قانون الشفعة أن المشترى اذا استحصل على تأجيل الثمن لاينتفع الشفيع من هـذا الأجل الا برضا البائع

وقال زفر والامامان الشافعى ومالك رضى الله عنهم ان الثمن يتأجل على الشفيع أيضاً واستدل الامام وصاحباه بأن الأجل ليس من لوازم العقد بل يثبت بالشرط فرضاه به في حق المشترى لا يدلنا على رضاه به فى حق الشفيع لتفاوت الناس في ايفاء الحقوق سهولة وصعوبة واختلافهم يساراً واعساراً . واستدل الآخرون بأن للشفيع حق الاخذ بالثمن الذى تَمَلَّكَ به المشترى بصفته والأَجل صفة للدين

ألا ترى أنه يقال ثمن مؤجل وثمن معجل وللمشترى أو البائع طلب رهن أو كفيل بالثمن فان أحضره فبهاوالا بطلت شفعته

واذا أخـذ الشفيع الشفعة من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشترى لتحول الصـفقة الى الشفيع وان أخذها من المشـترى بذلك لايبطل أجل المشترى لأن الأَجل ثبت بالشرط فلايبطل بأخذالشفيع بثمن حال كما لا يبطل اذا باعه المشترى بثمن حال

وأما الثمن في بيع المقايضة فهو قيمة البدل وقت الشراء لا وقت الأَخذ فاذا بيعت دار ببستان مثلاأخذت الداربقيمةالبستان وبالعكس فاذا كان الثمن منقولا غير نقود فان كان قيميا أخـذها بقيمته والا فبمثله لأن الشفيع له أن يتملك الشفعة بمثل ماتملـكها به المشترى ثم المثل ان كان مثلا صورة ومعنى فهو ذاته الثمن وان كان مثلا معنى فقط

لا صورة كالقيميات فالثمن قيمته لانعدام صورته فيؤخذ البدل (وقد علم مما سبق أن بيع المقايضة لا شفعة فيه قانونا)

واذا كان الثمن خمرا أو خنزيرا كما اذا كان البيع من ذمى لآخر ينظر فان كان الشفيع ذميا أخذ الشفعة بمثل الخمر وقيمة الخنزير وان كان مسلما أخذها بقيمة كل منهما لأن هذا البيع يقضى بصحته فيما بين الذميين فتترتب عليه أحكام البيع الصحيح ومنها ثبوت الشفعة فيه سواء كان الشفيع ذميا أم مسلما غير أن الذمى لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذها بها لأنها من ذوات الأمثال والمسلم ممنوع من تمليكها وتملكها فيجب عليه قيمتها والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته والمستأمن كالذمى فى حق الشفعة فتسري عليه جميع أحكامها ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام ذاته فيجب أن يحرم على المسلم تمليكها لأنه انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم والقيمة هنا بدل عن الدار لا عن الخنزير. ولو كان شفيعها مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكر

واذا حط البائع بعض الثمن عن المشترى التحق هذا الحط بأصل العقد وسقط عن الشفيع لأن الباقى صار هو الثمن كأنه لم يسم غيره ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق فى الصورتين فيرجع الشفيع على المشترى بالزيادة ان كان أوفاه الثمن . ولو حط البائع بعض الثمن بعد تسليم الشفيع فى الشفعة كان له أن يأخذها بالباقى لانه تبين له أن الثمن أقل فلا يعتبر علمه الأول ولا تسقط به الشفعة

أما لو حط البائع عن المشترى كل الثمن فلا يلتحق الحط بأصل العقد لأنه لو التحق به لكان عقد هبة أو بيع فاسد وكلاهما لا شفعة فيه مع أن الشفعة قد ثبتت بعقد البيع

واذا زاد المشترى على الثمن شيئاً التحقت الزيادة بأصل العقد ووجبت على المشترى ولكنها لا تسرى على الشفيع لأنه استحق الشفعة بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك المشترى ابطال حقه الثابت له . وانما التحقت بالعقد فى حق المشترى وحده لأن له الولاية على نفسه دون الشفيع

واذا اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى لأنه ينكر على الشفيع استحقاق الأخذ عند نقد الأقل والقول للمنكر بيمينه وان أقاما البينة قدمت بينة الشفيع على قول الامام ومحمد لأنه هو المدعى . وبينة المشترى على رأى أبى يوسف والشافعى لانها تثبت الزيادة فى الثمن والشفيع ينكرها والبينة المثبتة للزيادة أولى . وان ادعى المشترى ثمنا وادعى بائعه أقل منه فان كان البائع لم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وان كان قبضه أخذها بما قاله المشترى لصيرورة البائع أجنبيا بقبض الثمن فلا يلتفت الى قوله .

ولا يجب على الشفيع دفع القيمة الحقيقية للعقار اذا كانت أكثر من الثمن المسمى كما أنه ليس له حق فى التمسك بدفع تلك القيمة اذا كانت أقل من الثمن المدفوع

واذا ادعى الشفيع أن الثمن الذى كتب فى عقد البيع صورى

لقصد تعجيزه عن طلب الشفعة جاز له أن يثبت هـذه الزيادة بكافة طرق الاثبات الشرعية ومتى ثبتت لا يلزم الا بدفع الثمن الحقيقى والمصاريف

ليس فى قانون الشفعة ما يخالف شيئاً من هـذه الأحكام بل جاءت كلها موافقة لأحكام الشريعة الغراء الا أن بعض رجال القضاء الأهلى يرى وجوب دفع فوائد للثمن فى مدة المقاضاة نظير أخذ الشفيع ريع الأرض قياساً على ماجاء بالمادة (٣٥٤ مدنى) ولـكن البعض الآخر لايوجب الفوائد على الشفيع ولا على المشترى رد الثمار (استئناف مصر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المحاكم السنة ١٣ صفحة ٢٨٦٤)

تصرفات المشترى فى الأرض المشفوعة

اذا تصرف المشترى فى الأرض المشفوعة قبل الأخذ بالشفعة جاز للشفيع بعد الأخذ بها أن يبطل جميع تصرفاته سواء كانت بالبيع أم بالهبـة أم بالوقف ولو بنيت مدرسة أو مسجداً أو مقبرة أو ماأشبه ذلك ويسترد الأرض ممن هى تحت يده كائناً من كان ولو تداولتها الأيدى

هذا موافق لنص المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة وذلك فى حالة ما اذا حصل التصرف بعد تسجيل الشفيع اعلان رغبته ونص المادة «كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى يسـلمه المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشر الآتية لاتسرى على الشفيع ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين

المرتهنين ما كان لهم من حق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار » أما قبل تسجيل اعلان الرغبة فجميع تصرفات المشترى صحيحة لازمة — والشريعة الغراء لم تقيد بطلان التصرفات بكونها بعد الطلب أو قبله .

ثم ان كان التصرف بالبيع جاز له أن يطلب الشفعة بأي بيع أراد سواء كان التصرف قبل الطلب أم بعده وقبل الحكم فانه فى هذه الحالة يجوز له اعادة الطلب بالثمن الجديد ممن اشترى به

خالف القانون الشريعة فى هذا الحكم فقد جاء بالمادة التاسعة انه اذا كان البيع قبل تقديم طلب ما بالشفعة لا تقام دعوى أخذها الاعلى المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها ولا يجوز للشفيع طلبها بثمن البيع الأول اذا كان أقل كما لا يكون ملزما به اذا كان أكثر لاعتبار بيع المشترى صحيحا لازما كما سبق

حكم الزيادة فى الأرض المشفوعة

اذا زاد المشترى فى الأرض المشفوعة شيئاً لم يكن موجودا من قبل فلا يخلو حال الزيادة من أن تكون لها قيمة بعد نقضها كالبناء والغراس والزرع أولا قيمة لها بعد نقضها كطلاء البناء بمحلول الجير والمواد الملونة ولكل من هذين النوعين حكم يخصه واليك بيانه :

أولا اذا كانت الزيادة مما له قيمة بعد نقضه وليس لها نهاية معلومة كالبناء والغراس وحُكِم للشفيع بالشفعة فلا يخلو الحال من أحد أمرين : الأول أن يكون هدم البناء وقلع الأشجار لا يضر بالأرض. الثانى أن يضر بها فان كان الأول كان الشفيع بالخيار بين أن يأخذ البناء والغراس بقيمتهما مستحقين للهدم والقلع زيادة على ثمن الشفعة

وبين أن يكلف المشترى بالهدم والقلع ويأخذ الأرض خالية منهما هذا اذا كان المشترى يقبل اعطاء البناء والأشجار بما ذكر والا أجبر على الازالة . وان كان الهدم والقلع يضر بالأرض كان للشفيع أن يأخذ ما زيد بقيمته مستحقا للهدم والقلع ولو جبرا على المشترى وله أن يتحمل الضرر ويكلفه بالازالة . هذا كله هو رأى الامام ومحمد وحجتهما على ذلك أن المشترى بنى وغرس فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير اذن من جهة من له الحق فينقض تصرفه اذ حق الشفيع أقوى من حق المشترى ولهذا تنقض جميع تصرفات المشترى حتى الوقف وبناء المسجد . وقال أبو يوسف والشافعى ومالك ان الشفيع فى الحالتين السابقتين يكون مخيرا بين أن يأخذ البناء والغراس بقيمتهما مستحقين للبقاء ـ وتعتبر القيمة يوم الأخذ ـ وبين ترك الشفعة وحجتهم أن المشترى غير متعد بهذه الزيادة لثبوت ملكه فى الشراء فلا يعامل معاملة المتعدى

واذا كان مازيد له نهاية معلومة كالزرع فليس للشفيع اجبار المشترى على قلعه استحسانا اذلا ضرر عليه فى بقائه لانه يترك الأرض بالأجرة حتى يحصد الزرع

ثانيا ـ اذا كانت الزيادة لا قيمة لها بعد نقضها خير الشفيع بين الأخذ بالثمن وقيمة الزيادة وبين ترك الشفعة ولعل سبب ذلك عدم ضياع مال المشترى بدون أى مقابل بخلاف البناء والغراس فان لها قيمة بعد النقض وان قلت وهذا الحكم مخالف لما قالوه فى الاستحقاق من أنه اذا زاد المشترى في البيع زيادة لا قيمة لها بعد نقضها وكلفه

المستحق بالنقص لا يرجع بشيء على البائع والظاهر ما ذكر هنا ولا فرق فيما ذكر بين أن تكون الزيادة بأنواعها قبل طلب الشفعة أو بعده

حكم الزيادة قانونا ــ جاء بالمادة العاشرة من قانون الشفعة « اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أو غرس أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع ملزما بناء على رغبة المشتري إما بأن يدفع له ما صرفه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فللشفيع الخيار إن شاء طلب إزالتها وإن شاء طلب بقاءها وفى هذه الحالة لا يلزم الا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس » واذا اختار الشفيع طلب الازالة تكون المصاريف على المشترى بدون اعطائه أى تعويض ولا يخفى أن ذلك مبنى على ماذكر من أن التصرفات قبل الطلب صحيحة وبعده باطلة قانونا كما لا يخفى

ان هذه المادة فى مجموعها موافقة لأحكام الشريعة . فما كان قبل الطلب موافق لرأى أبى يوسف والشافعي ومالك . وما كان بعده موافق لقول الامام ولهذا تجب مراعاة حسن النية وعدمها فى هذه الزيادة ليحكم القاضى بما يوافق العدالة والانصاف

حكم النقص فى الأرض المشفوعة

اذا نقص من الأرض المشفوعة شيء تحت يد المشترى فحكم هذا النقص يختلف باختلاف ما نقص وباختلاف المتسبب فى النقص وذلك أن ما نقص اما أن يكون قد دخل فى البيع تبعا بدون ذكر أو يكون لم يدخل فيه الا بالنص . والنقص اما أن يكون بفعل المشترى أو أجنبى أو بآفة سماوية

فان كان ما نقص تابعا للعقار كالبناء والغراس اللَّذين لم يذكرا في العقد وكان الهلاك بفعل المشترى أو أجنبى أخذ الشفيع الأرض بما يقابلها من الثمن وسقط ما يقابل البناء أو الغراس باعتبار قيمتهما قائمين بأن يقسم الثمن على قيمة كل منهما ويأخذ الشفيع بما يخص الأرض ويرجع المشترى على الأجنبي بما نقص بالهدم والقلع ويأخذ الأنقاض والأخشاب . أما اذا كان الهلاك بآفة سماوية فان تلفت الأنقاض والأخشاب بحيث لا ينتفع بها كان الشفيع مخيرا بين الأخذ بكل الثمن وبين ترك الشفعة . اذ القاعدة فيما ذكر أن التابع اذا هلك بالتعدى يقابله شيء من الثمن . وان كانت الأنقاض والأخشاب يمكن الانتفاع بهما فهما للمشترى ولا يتبعان الأرض حينئذ فى الشفعة لانفصالهما عنها انفصالا تاما والمنفصل عن العقار لا يعتبر تابعاً له ويسقط عن الشفيع ما يقابلهما ويبقى الشفيع على خياره فى الباقى بين الأخذ بباقى الثمن والترك وتعتبر قيمة الأنقاض والأخشاب يوم الأخذ بالشفعة

وان كان ما نقص غير تابع للعقار كالزرع الذى فى الأرض والثمر الذى فى الشجر وقت الشراء والبناء والشجر اذا ذكرا فى عقد البيع فسواء هلك بتعدٍ أم بدون تعدٍ يقابله شيء من الثمن ويسقط عن الشفيع وتعتبر قيمة ما هلك يوم العقد وسبب كون الزرع والثمر لا يدخلان فى البيع تبعا أن لهما نهاية معلومة وكل ما كان كذلك لا يدخل فى البيع الا بالذكر بل يكون للبائع ان لم يذكر فى العقد فان ذكر يكون مضمونا على المشترى بثمنه حتى يسلمه للشفيع لأنه معه بمنزلة البائع من المشترى، أما اذا كان الثمر قد ظهر بعد عقد البيع كان تابعا وأخذ أحكام

التوابع السابقة . واذا كان ما هلك جزءا من العقار بأن جرفته مياه البحر أو نزلت عليه الرمال أو تغطى بما تقذفه البراكين قابله شيء من الثمن بالأولى

(لم يتعرض القانون لأحكام نقص شيء من الأرض المشفوعة تحت يد المشترى والظاهر أنه يطبق عليها الحكم العام وهو أن كل التصرفات التى تصدر من المشترى قبل ابداء الشفيع رغبته تكون صحيحة وبعده تكون باطلة ويعتبر المشترى متعديا

استحقاق العقار المشفوع

اذا استحق شخص العقار المشفوع بعد الأخذ بالشفعة أى أثبت أنه مملوك له وأن البيع والشفعة باطلان وحكم له القاضى بالملك كان المستحق مخيرا بين اجازة البيع والشفعة وأخذ ثمن العقار ممن هو تحت يده وهو يرجع على من تلقى الملك عنه بما دفع وبين أن يبطل جميع التصرفات ويأخذ عقاره ممن هو تحت يده سواء كان هو الشفيع أم غيره بأن كان الشفيع تصرف فيها تصرفا يجعل للغير حقا عليها كالبيع والهبة والوقف ولو بنيت مسجدا أو مقبرة أو مدرسة وحينئذ يرجع الشفيع على المشترى بما دفعه له من الثمن والمصاريف هذا كله اذا بقيت الأرض على حالتها أما اذا كان الشفيع قد زاد فيها بناء أو غرس أشجارا فان كان هدم البناء وقلع الأشجار لا يضر بالأرض كان للمستحق أن يجبره على ازالتهما ويسلم الأرض خالية منهما وان كان الهدم والقلع يضر بها أخذهما بقيمتهما مستحقين للهدم والقلع ولو جبرا على الشفيع ولكن اذا رضى بالضرر الذى يلحق الأرض بسبب الازالة جاز له أن يكلفه بها

وقد اختلف فيما يرجع به الشفيع على من دفع له ثمن الشفعة فقال الامام يرجع بما دفعه فقط لا بقيمة ما نقص بالهدم والقلع أو يتركها مستحقين لهما واستدل على ذلك بأن الشفيع أخذ الأرض جبرا عن المشتري والبائع فلا يرجع على أحد منهما بما خسره بعمله وعلى ذلك لو ثبت الاستحقاق والأرض في يد المشتري بعد زيادة البناء والغراس رجع المشتري على بائعه بما نقص لأن البائع غره . وقال أبو يوسف يرجع على من أخذ منه بما نقص لأنه معه بمنزلة المشتري مع البائع وهو يرجع باتفاق اذا كان مغرورا . هذا كله اذا كان الشفيع لا يعلم بأن الأرض المشفوعة مستحقة للغير فان كان يعلم فلا يرجع باتفاق لأنه غير مغرور

هذا كله اذا ثبت الاستحقاق بالبينة أما اذا ثبت بالاقرار . فان كان المقر هو البائع رجع الشفيع على المشتري . والمشتري على البائع حسبما ذكر . وان كان المقر هو المشتري رجع الشفيع عليه ولا يرجع هو على البائع لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر . وان كان المقر هو الشفيع فلا رجوع لأحد على أحد

حكم تجزئة الشفعة

. الشفعة حق ضعيف لا يقبل التجزئة ولكن ليس ذلك على اطلاقه بل فيه تفصيل وبيانه : أن الأرض المشفوعة اما أن تكون قطعة واحدة أو عدة قطع وعلى كل فاما أن يكون المشتري واحدا أو متعددا

فان كانت الأرض قطعة واحدة وكان المشتري واحدا وجب على الشفيع أن يأخذها كلها أو يترك الشفعة سواء كان البائع واحدا أم متعددا

ولا يجوز له أن يأخذ البعض ويترك الباقى لأن فى ذلك تفريق الصفقة على المشترى وهو ضرر زائد على الضرر الذى لحقه بأخذ الشفعة جبرا عنه .

(وعلى ذلك العمل في المحاكم الأهلية)

واذا كانت الأرض قطعة واحدة والمشترى متعددا جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم أو أنصباء الجميع بالشفعة لأنه لا ضرر على أحد في ذلك . ففى حالة ما اذا أخذ نصيب البعض فقط لا يجوز استلام شيء من العقار ولو دفع نصيب ثمنه حتى يدفع الجميع ما عليهم أو يدفع هو عن شركائه ما يخصهم ويستلم الأرض ثم يرجع عليهم بما دفع لأن البائع له حق حبس كل المبيع لقبض كل الثمن ولا فرق فى ذلك بين أن تكون حصة كل واحد من المشترين شائعة أو مفرزة وبين أن يكون البائع واحدا أو متعددا .

أما قانون الشفعة فقد فرق بينهما فى المادة الحادية عشرة التي نصها (اذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم فلا تجوز الشفعة الا فيه بتمامه أما اذا عينت فى العقد حصة كل منهم مفرزة كان للشفيع الحق فى طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة) ولعل مراد واضع القانون بالمشاع ما كان لشركاء فى شركة مدنية تعتبر فى الحقيقة شخصا أدبيا فيكون المشترى حينئذ واحدا ويظهر تفريق الصفقة فى حقه . لأن الفرق بين كون الأنصباء مشاعة أو مفرزة غير ظاهر الحكمة . لأن كل واحد فى الحالتين مستقل عن الآخرين فى التصرفات استقلالا تاما بدليل أنه يجوز لكل واحد أن يتصرف فى ملكه بدون رضا الآخرين

واذا كانت الأرض جملة قطع وكان المشترى شخصا واحدا ولم تتوفر شروط الشفعة عند الشفيع الا بالنسبة للبعض فقط فانه يجوز له أن يأخذ هذا البعض الذى يشفع فيه بما يقابله من الثمن دون البعض الآخر ولا يقال ان فى ذلك تفريق الصفقه على المشترى لأن التفريق الممنوع شرعا انما هو فى حالة ما اذا كان الطالب بالشفعة شفيعا فى الكل أما اذا كان شفيعا فى البعض كما هنا فلا يكون أخذ ماهو شفيع فيه فقط تفريقا للصفقة واذا لم يكن ثمن كل قطعة مبينا على حدته في عقد البيع يكون ما يدفعه الشفيع هو ما يقدره الخبراء العادلون من الثمن مقابلا لما يشفع فيه

واذا كانت الأرض جملة قطع والمشترى جملة أشخاص كان الحكم كما فى الصورة السابقة ولا فرق فى هاتين الصورتين بين أن يكون الشراء بعقد واحد أو بجملة عقود

(ماذكر من الأحكام فى حالتى تعدد المشتري وتعدد العقار المبيع موافق لما هو معمول به فى المحاكم الأهلية)

ماتسقط به الشفعة

لما كان نزع الملك جبرا عن صاحبه لدفع ضرر الشفيع ينتج من جهة أخرى ضررا للمشترى كان حق الشفعة ضعيفا يجب على الشفيع مزيد الحرص عليه وتمام الاهتمام به حتى يتم له ملك مايشفع فيه بالرضاء أو القضاء فان توانى أو قصر فيه أقل توان أو تقصير سقطت شفعته

مراعاة لحق من لحقه الضرر الآخر وهو المشترى . ولهذا قد بنى الفقهاء أسباب سقوطها على أصلين : الأول أنها حق ضعيف يسقط لأقل اعراض أو تقصير . الثانى أنها مجرد ارادة ومشيئة للشفيع فلا تورث عنه ويترتب على ذلك أنها تبطل (١) بترك طلب المواثبة حين العلم مع القدرة عليه بأن لم يكن فى الصلاة أو لم يسد أحد فمه أو لم يكن أهلا للتصرف لأن الترك دليل الاعراض . (٢) بترك طلب التقرير والاشهاد بلا عذر عقب طلب المواثبة . (٣) بترك طلب الخصومة والتملك شهرا فأكثر على رأى محمد وبتركه فى محل القضاء المختص بسماع الدعوى بدون عذر على رأى أبي يوسف.(٤) تبطل بالصلح عنها على عوض وعلى الشفيع رد العوض ان كان أخذه والا فلا يجب على المشترى دفعه له وكذا لو باع شفعته للمشترى بمال لأن حق الشفعة ليس بمال بل هو حق مجرد لا يحتمل التمليك فكأن عقد البيع عبارة عن الاسقاط فقط مجازا وذلك اذا كان بعد البيع . أما قبله فلا يسقط به حق الشفعة لأن اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط عَلِم بالسقوط أو لم يعلم لأن الجهل بالأحكام ليس بعذر فى دار الاسلام ولا يرتد بعد سقوطه بالرد لأنه مجرد حق والساقط من الحقوق لا يعود ولكن لو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ويعتبر بيعا (٥) تبطل بموت الشفيع قبل الأخذ سواء كان موته قبل الطلب أم بعده فلا تورث عنه خلافا للشافعى . ودليل الامام أبي حنيفة أنها حق مجرد لأنها مجرد ارادة ومشيئة للشفيع ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها بالمال ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن أرضه التى يشفع بها ويثبت الملك

فيها للوارث بعد البيع. وقيام ملك الشفيع لما يشفع به من وقت البيع الى
وقت الأخذ شرط فى صحة الشفعة ولم يوجد فى حق الميت وقت الاخذ
ولا فى حق الوارث وقت البيع فبطلت ولكنها لا تبطل بموت المشترى
لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه (٦) تبطل ببيع مايشفع به قبل
القضاء بالشفعة سواء كان قبل الطلب أم بعده وسواء كان يعلم ببيع
العقار المشفوع أم لا الا اذا كان له خيار الشرط لأنه يمنع خروج
المبيع عن ملكه فيبقى سبب الأخذ حتى يجيز أو تنقضى مدة الخيار
(٧) تبطل اذا ساوم الشفيعُ المشتريَ بيعا أو اجارة أو طلبها مرابحة
أو تولية أو وضيعة أو ضَمِنِ الدَّرَك للمشترى عن البائع وهو أن يتعهد
بأنه اذا استحق المبيع يكون ضامنا للثمن لأن ذلك دليل الاعراض أو
شهد على عقد البيع أو هنأ المشترى أو البائع أو نحو ذلك (٨) اذا علم أن
المبيع كل الأرض فترك ثم اتضح أنه نصفها لأن التسليم فى الكل
تسليم فى جميع أجزائه ولأن رغبات الناس فى الكل أكثر عادة من
رغباتهم فى الاجزاء لخلو الكل عن عيب التجزئة. وقيل له الشفعة لأنه
قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الكل وقد تكون حاجته الى النصف فقط
ليتمم به مرافق ملكه ومال شيخ الاسلام الى هذا القول. ولكن اذا
علم أن المبيع هو البعض فترك ثم علم أنه الكل لا تسقط شفعته لما ذكر.
كما لا تسقط اذا علم ان المشترى فلان فترك ثم ظهر غيره لتفاوت الناس فى
الأخلاق ولو علم أنه هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم
لم يوجد فى حقه واذا علم أنها بيعت بألف جنيه فترك ثم علم أنها بيعت
بأقل أو بغير النقود كالبر والشعير الذى قيمته ألف أو أكثر لأن الرغبة

فى الأخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم فى الوجوه كلها ولكن لو علم فى هذا المثال أن الأرض بيعت بدراهم قيمتها ألف جنيه فلا شفعة له على القول الراجح وقيل له الشفعة وهو قول الامام وزفر

(٩) اذا طلب بعض العقار المشفوع وترك بعضه اذا كان قطعة واحدة والمشترى واحدا لما تقدم من أن حق الشفعة لا يقبل التجزئة

أما الذي تسقط به الشفعة قانونا فبين فى المواد ١٩ – ٢٠ – ٢٢ من قانون الشفعة الجديد وكلها ما عدا ما يختص بالطلبات وأوقاتها موافقة لما ذكر من مسقطاتها فى الشريعة الغراء

---

(٣) وضع اليد على الأموال المباحة

الأموال المباحة هى التى لم يتملكها أحد من العباد . وهي ثلاثة أنواع : حيوانات . ونباتات . وجمادات . والحيوانات اما أن تكون برية أو بحرية . والنباتات اما أن تكون حشائش وتسمى كلأ واما أن تكون أشجارا واما أن تكون ثمارا واما أن تكون أحطابا . والجمادات اما أن تكون أرضا أو ركازا أو نارا أو ماء . فمن وضع يده على شيء منها ملكه لقوله عليه الصلاة والسلام «مَن سَبَقَتْ يَدُهُ الى مَالٍ مُبَاحٍ فهُوَ لهُ» وكيفية وضع اليد على كل منها يتضح مما سيأتى مبتدئين بالكلام على الأرض المباحة لأنها أهم أنواع المباح

الارض المباحة * الأرض المباحة وتسمى أرضا مواتا أيضا لعدم احيائها بالزرع أو البناء هى التى لم يتملكها أحد من العباد وليس بها

مرعى ولا محتطبا لطائفة من الناس واشترط أبو يوسف أن تكون بعيدة عن أقصى العمران بمسافة لا يسمع من نهايتها الصوت الجهير وقال محمد لا يشترط ذلك وقول أبي يوسف هو الظاهر المعتمد لأن القريب عادة يكون مرافق لأهل العمران

ليس بالبلاد المصرية الآن أرض موات بل جميع الأراضي التي لا مالك لها غير الوقف صارت مملوكة للحكومة ولها وحدها حق تمليكها لمن تشاء بعوض أو بغير عوض كما يؤخذ ذلك من منطوق المادة (٥٧) ولكنه جاء في هذه المادة زيادة على ما ذكر ما نصه « انما كل من زرع أرضا من الأراضي المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها يصير مالكا لتلك الأرض ملكا تاما ولكنه يسقط حقه فيها بعدم استعمالها مدة خمس سنوات في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده » ومعنى ذلك أن ملكيته لا تثبت الا بعد خمس عشر سنة ولا يسقط حق الملكية الا بعدم الاستعمال المدة المذكورة . وقد جاء في الشرح زيادة على ذلك أن التملك بما ذكر أصبح من المستحيل في مصر (أنظر صفحة ٦٩ من شرح القانون)

ومتى كان في جهة من الجهات أرض موات جاز لكل انسان تملكها باحيائها . والاحياء يكون بحرثها وسقيها وزرعها أو غرسها ان كانت صالحة للزرع أو الغرس أو بنائها ان كانت صالحة للبناء ويكفي في ذلك بناء الأساس

وقد اختلف في اشتراط اذن الامام بالاحياء لتملك الأرض المباحة وعدم اشتراطه فقال الامام أبو حنيفة يشترط الاذن وقال الصاحبان لا يشترط ودليل الامام قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء

الا ما طابت به نفس إمامه» ودليلهما قوله عليه الصلاة والسلام «من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها» وقوله «من أحيا أرضاً ميتة فهى له» وكلا القولين صحيح فيرجح القاضى ما يرى فيه المصلحة ولكن الأول أظهر لأنه أحفظ للنظام

ولا فرق فى تملكها بالاحياء بين أن يكون المحيي مسلما أو ذمياً ويفرض عليها العشر ان كانت تروى بماء أرض عشرية وكان المحيي مسلما والا فرض عليها الخراج

وأما تحجير الأرض الموات أى منعها عن تسلط الغير عليها بوضع أحجار أو شوك أو نحو ذلك على حدودها أو بازالة الحشائش والشوك ونحوها منها فلا يسمى احياء ولا يترتب عليه ملك الأرض المحجرة بل يترتب عليه كون المحجر أولى من غيره باحيائها الى ثلاث سنين لقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق» فان لم يحيها في أثنائها جاز للامام نزعها منه واعطاؤها لمن يحييها لينتفع هو بما يخرج منها وتنتفع الحكومة بالعشر أو الخراج

الحيوانات المباحة

الحيوانات المباحة هى التى لم يسبق لأحد تملكها بالاصطياد وحكم صيدها أنه جائز برا وبحرا سواء كانت البرية طيورا أم غير طيور . والبحرية فى البحار الملحة أم فى الأنهار العامة أو الخاصة

ملحوظة — الحكومة المصرية حظرت اصطياد الطيور النافعة للزراعة بأى وسيلة كانت (الا اذا كان لغرض من الأغراض العلمية برخصة من نظارة الأشغال)

ورتبت على من يصطادها غرامة لا تزيد عن جنيه مصرى وعلى من عاد فى خلال السنة التى عوقب فيها حبس مدة لا تزيد عن أسبوع وغرامة لا تزيد عن جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين ويصير ما يضبط منها ومن أدوات اصطيادها ملكا للحكومة وقد ذكرت أنواع تلك الطيور فى ملحق لقانون نمرة ٩ — ١٥ مايو سنة ١٩١٢ الخاص بوقاية الطيور المذكورة وهذه أسماؤها . قنبرة . أبونصاده . كروان . عصفور مغنى . عصفور سفسيكولا . عصفور آكل الذباب . عصفور يبيت . وروار . أبو قردان . هدهد . زقزاق مطوق . زقزاق بلدى . زقزاق شامى . ونصوص الشريعة الغراء لا تأبى هذا الحظر بل هو من مقاصدها الكلية التى من ضمنها حفظ المال .

ومشروعية الصيد مأخوذة من الكتاب والسنة والاجماع فالكتاب قوله تعالى «أُحِلَّ لكُمْ صيْدُ البحْرِ وطَعامُهُ متاعاً لكُمْ وللسيَّارةِ وحرِّمَ عليكُم صيدُ البرِّ مادُمتُمْ حُرُماً» وقوله «واذَا حللتُمْ فاصطادُوا» وقوله عليه الصلاة والسلام لعَديّ بن حاتمٍ «اذَا أرسلْتَ كلبَكَ فاذكُرِ اسمَ اللهِ تعَالى فانْ أمْسَكَ عليكَ فأدْركتَهُ حيًّا فاذبحْهُ وانْ وَجدْتَهُ قدقُتِلَ ولَمْ يأكلْ منهُ فكُلْهُ فانَّ أخْذَ الكلْبِ ذَكاةٌ» فمن اصطاد حيوانا مباحا ملكهُ (مع ملاحظة ما تقدم) ويتم الاصطياد بامساك الحيوان أو وقوعه فى الفخ أو الشبكة أو نحوهما من أدوات الاصطياد اذا وضع لهذا الغرض أما اذا وضعت شبكة ليجف ماؤها فوقع بها طائر فلا يملكه صاحبها بل اذا أخذه غيره ملكه وكذلك اذا عشش الطير وأفرخ فى بستان لم يعده صاحبه لتربية الطيور فانه اذا اصطاد منه انسان شيئا ملكه ومثله فى الحكم السمك فى السواقى

والآبار المملوكة للأهالى فان أعدها أصحابها لتربية الطيور والأسماك كانت هذه الحيوانات ملكا لأصحابها كبقية حيواناتهم الداجنة فلا يجوز لأحد اصطيادها وللصيد أحكام كثيرة فليراجعها من شاء في محلها

(وأما حكم الصيد قانونا فيتبع فيه اللوائح المخصوصة به كما جاء ذلك بالمادة ٥٩ مدنى)

النباتات والمياه والنار المباحة

النباتات المباحة هي الأخشاب والأحطاب والثمار التى فى الأراضى المباحة والكلأ وهو الحشائش التى تنبت بطبيعتها أى بدون عمل عامل سواء نبتت فى أرض مباحة أم مملوكة أم موقوفة . فمن وضع يده على شيء منها وأحرزه ملكه واحراز الأخشاب بقطعها والأحطاب بحزمها والثمار بجمعها والكلأ بحصده ولا يجوز لأحد منع الناس من الانتفاع بالنباتات المباحة ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لصاحب الأرض منع الناس من الانتفاع بكلئها الطبيعى

فان منعهم خيره الحاكم بين أن يخرج لهم الكلأ لينتفعوا به وبين أن يبيح لهم الدخول ليأخذوه الا اذا ترتب على الدخول ضرر بين فانه يمنع .

وأما المياه المباحة فقد سبق الكلام على كيفية الانتفاع بها واحرازها في الكلام على الشرب .

وأما النار المباحة فان كانت موقدة في الأخشاب والأحطاب المباحة جاز لكل انسان أن ينتفع بها أى انتفاع أراد سواء كان بالاقتباس أم بالتدفئة . وان أوقدها انسان في مَوْقِدِهِ فليس لأحد الاقتباس منها

وانما له حق التدفئة فقط. والأصل في اباحة هذه الأنواع الثلاثة قوله عليه الصلاة والسلام « النّاس شركاءُ في ثلاثٍ الماءُ والكلأُ والنّارُ »

الركاز

الركاز لغة اسم لدفين الجاهلية أى كنزهم المدفون في باطن الأرض ويطلق أيضا على المعادن الطبيعية التى تنطبع بالنار أي تقبل الطرق والانسحاب لأنه مأخوذ من الرَّكْز (بفتح الراء) أى الوضع فى الأرض سواء كان الراكز هو الخالق أم المخلوق . واما الرِّكْزُ بكسر الراء فمعناه الصوت الخفيّ ومنه قوله تعالى « هَلْ تُحِسُّ مِنْهُمْ مِنْ أَحَدٍ أَوْ تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزًا » وحكم الركاز شرعا أن فيه الخُمس للحكومة يصرف فى مصارف الصدقات لقوله عليه الصلاة والسلام « وفى الرِّكاز الخُمس » وأربعة أخماسه لمالك الأرض التى وجد فيها فان وجده انسان فى أرضه أو في أرض مباحة فأربعة أخماسه له وان وجده فى أرض مملوكة للأهالى فأربعة أخماسه لمالك الأرض وللواجد أجرة مثل عمله وان وجده في أرض الحكومة فكله لها : الخمس لكونه ركازا وأربعة الأخماس لكونه وُجِدَ فى أرضها . وللواجد أجرة مثل عمله أيضا الا اذا كان بينه وبين صاحب الأرض أو الحكومة شروط فتتبع

يؤخذ من النصوص المذكورة أن تصريح الحكومة للأفراد والشركات في البلاد المصرية وغيرها من الممالك الاسلامية بالبحث عن المعادن والكنوز فى مقابلة أخذه جزءا منها أو مكافأته مكافأة نقدية جائز شرعا ما دام فيه المصلحة « وحكم الكنوز القديمة ونحوها مما يطلق عليه عنوان (العاديات) فيتبع فى تملكها قانونا أحكام اللائحة الخاصة بها الصادرة في ١٢ يونيه سنة ١٩١٢ » « أنظر قانون نمرة ١٤ من السنة المذكورة »

وأما بقية أنواع المعادن وهي: أولا. المعادن الجامدة التي لا تذوب ولا تنطبع بالنار كالأحجار الكريمة والجص والفحم الحجري. وثانياً. المعادن السائلة كزيت البترول فحكمها أنه لا شيء فيها للحكومة بل تكون جميعها لمالك الأرض التي وجدت فيها فان وجدها انسان في أرضه أو في أرض مباحة فهي له وان وجدها في أرض الأهالي فهي لصاحب الأرض وان وجدها في أرض الحكومة فكلها لها وله وان وجدها في الصورتين الأخيرتين أجرة مثل عمله الا اذا وجدت شروط فتتبع . وأما الكنوز التي عليها نقوش الاسلام والتي لا شيء عليها كالأواني والسبائك والأسلاك المدفونة في الأرض وليس عليها نقوش أصلا أو عليها نقوش لا يمكن الاستدلال بها على كون الدفين اسلاميا أو جاهلياً اذا وجدها انسان في ملكه أو في أرض مباحة ولم يدّعها أحد فهي له وأما اذا ادعاها شخص وعرّفها تعريفا تاما وجب اعطاؤها له وان وجدها في أرض مملوكة لغيره وادعاها مالك الارض فهي للمالك . وان لم يجد لها صاحباً اعتبرت لقطة يجب التعريف عنها شرعاً في مظان وجود صاحبها حتى ييئس من وجوده ثم يتبع في انفاقها أحكام الشريعة الغراء

(والجاري عليه العمل الآن في الحكومة المصرية أن من وجد لقطة لم يجد صاحبها أو لم يعرفه يجب عليه في ظرف ثمانية أيام على الأكثر أن يخبر عنها أو يسلمها لأقرب رجل من رجال الحكومة بما فيهم عمد البلاد وعلى صاحبها أن يتطلبها من الحكومة فان كانت وصلت اليها أعطتها له بعد أن تأخذ منه مقدار عشر قيمتها من النقود لتعطيه لواجدها على سبيل المكافأة تشجيعا للناس على رد

الامانات الى أهلها زيادة عمــا يصرف على مؤونتها ان كانت مما يحتاج لمؤونة حسبما تقدره جهة الادارة ولا يعتبر من اللقطة الحيوانات الشاردة أوالسارية.وهى التى خرجت من محل صاحبها بدون علمه بل يجب على واجدها ردها لصاحبها أو للحكومة بلا مقابل وان لم يظهر للقطة صاحب فان كانت مما لا يخشى عليه التلف كالاثاثات والأشياء الصغيرة تحفظ سنة ثم تباع ويعطى لمن وجدها عشر الثمن كما ذكر والباقى يحفظ بالخزينة ثلاث سنين فان لم يطلبه صاحب الشيء صار ملــكا للحكومة . واذا لم يفعل من وجد الشيء ذلك جاز الحــكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش فاذا كان عدم الايداع أو الاخبار نتيجة نية الواجد فى امتلاك الشيء أو اخفائه جاز اعتباره سارقا . وقد سنت الحــكومة قانونا يختص بالأشياء الضائعه تاريخه ١٨ مايو سنة ١٨٩٠ سار على الأجانب والوطنيين وتقرر فيه ما سبق من الأحكام

عدم سماع الدعوى بمرور الزمان على واضع اليد على ملك الغير والوقف

هذا المبحث ليس من مباحث أسباب الملك التام وانمــا ذكر هنا للمناسبة التى لا تخفى وأحكامه متفرعة عن أصلين من أصول الشريعة الغراء فلسهولة فهم تلك الأحكام يجب أن نبدأ بذكر هذين الأصلين تاركين للمطلع فى بعض الأحيان ارجاع الحــكم الى أصله المأخوذ منه

الأصل الأول ــ مايؤخذ من قوله عليه الصلاة والسلام «لاَ يبطُلُ حق امرئ مسلمٍ وانْ قدُمَ »وهو أن القضاء (أى حكم القاضى)مظهر للحق لامثْبِت له لأن الحق كان ثابتاقبل الحــكم والحقوق الثابتة لشخص على شيء لا تزول بوضع يد الغير على هذا الشيء ولو طال الزمان

الأصل الثاني ــ ان القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصومة

أى أنه يجوز لولى الأمر أن يخصص القاضي الذى يعينه بسماع قضايا مخصوصة فى أزمان معينة بين أهالى جهات محددة فاذا حصل ذلك فليس للقاضى أن يحكم فى غير ما خصصه به ولي الأمر . وبناء على هذه القاعدة صدر أمر سلطانى فى عهد المرحوم السلطان سليم العثماني لقضاة الاسلام بعدم سماع دعوى الملك على واضع اليد بعد مضي خمس عشرة سنة فيما عدا الارث والوقف فان الفقهاء قدروا مدة وضع اليد عليهما بثلاث وثلاثين سنة ويحسب الزمن بالسنين الهجرية وقد أدخلت المجلة (قانون الدولة العلية) الميراث ضمن مالا تسمع فيه الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة وجعلت مدة وضع اليد على الوقف التى لا تسمع بعدها الدعوى ستا وثلاثين سنة

وقد يتبادر الى ذهن من يطلع على هذين الأصلين عند النظرة الأولى أنهما متناقضان لدلالة الأول على عدم ضياع الحقوق بوضع يد الغير وان طال الزمان ودلالة الثانى على ضياعها بعد وضع اليد بخمس عشرة سنة ولكنه لا تناقض فى الحقيقة بل يعمل بكل منهما فى أحوال مخصوصة وذلك أن المنع من سماع الدعوى على واضع اليد انما أمر به بعد أن عم الظلم وفشا اغتيال أموال الناس بالباطل بسبب دعاوى الأقوياء على واضعى اليد بعد المدد الطويلة بملك ما وضعوا عليه أيديهم والحكم لهم بالملكية بناء على شهادات شهود غالبهم أداها رغبة في أجر أو رهبة من جائر وبناء على ذلك لا يجوز للقضاة سماع الدعوى على واضع اليد بعد مضى خمس عشرة سنة ان كان فيها شبهة التزوير . أما اذا كانت الدعوى صحيحة لا شبهة للتزوير فيها كأن اعترف واضع اليد بملكية

المدعى لما يدعيه ولكنه دفع الدعوى بفوات المدة الطويلة على وضع يده . أو أظهر المدعى من السندات والحجج ما لم يبق معه مجال للاشتباه في صحتها فالحكم انه وان لم يجز للقاضى سماعها من تلقاء نفسه لكونه ممنوعا منه يجب عليه أن يستأذن ولى الأمر فى سماعها أو يطلب منه تعيين من يسمعها من القضاة ويحكم بالحق لصاحبه ويرده اليه

ابتداء مدة وضع اليد

تبتدىء المدة المانعة من سماع الدعوى على واضع اليد من الوقت الذى يظهر فيه واضع اليد بمظهر المالك وعدم وجود عذر شرعى يمنع المدعي من سماع دعواه . فان لم يظهر بهذا المظهر بأن اعترف بأنه مستأجر أو مستعير أو مرتهن أو نحو ذلك فلا يصح المنع من الدعوى مهما طال الزمان وكذلك لا يُمنَعُ ان ظهر بمظهر المالك ولكن المدعي كان عنده عذر شرعى يمنعه من اقامة الدعوى كأن كان مريضا أو مجنونا أو صغيرا أو مسافرا أو خائفا من جبروت واضع اليد بل تبتدئ المدة من وقت زوال هذه الأعذار أى بشفاء المريض وافاقة المجنون وبلوغ الصغير رشيدا وحضور المسافر وأمن الخائف

ولا فرق فى وضع اليد بين أن يكون لشخص واحد أو لجملة أشخاص تعاقبوا وضع اليد وظهر كل منهم بمظهر المالك اذ المدة المعتبرة فى منع سماع الدعوى تحتسب لواضع اليد عن مدة وضع يده ومُدَد وضع يد من تلقى الملك عنهم وان كثر تعاقبهم كما لا فرق بين أن يكون تلقي الملك بعقد معاوضة أو بعقد تبرع وبين أن يكون بغير عقد

انقطاع المدة

لا يقطع مدة وضع اليد سواء كان في الارث والوقف أم في غيرهما الا المخاصمة أمام القاضي فاذا أقام مدعي الملك دعواه بعد خمس عشرة سنة هجرية الا يوما سمعت دعواه لعدم فوات المدة ولكن اذا لم يحكم فيها لسبب مّا كالغاء المحكمة قبل الحكم انقطعت المدة الأصلية وابتدأت مدة جديدة من يوم اقامة الدعوى بحيث اذا تركت مدة خمس عشرة سنة الا قليلا من هذا الوقت جاز سماعها . أما المطالبة فى غير مجلس القضاء فلا تقطع المدة ولو تكررت

وكما لا تسمع الدعوى بمضى المدة الطويلة لا تسمع اذا اقترنت بما يفيد بطلانها ولو لم تمض المدة الطويلة كما اذا كان المدعى قد استأجر هذه العين من واضع اليد أو طلب شراءها أو استئجارها أو استعارتها أو ارتهانها ثم ادعى ملكيتها بعد ذلك وكما اذا بيعت بحضوره وهو أجنبى عن البائع ورأى المشترى يتصرف فيها تصرف الملاك فى أملاكهم وسكت بدون عذر ولو زمنا قصيرا عن اقامة الدعوى . أما اذا بيعت بحضوره وكان قريبا للبائع بأن كان ابنه أو كان احد الزوجين وسكت بدون عذر بعد العقد ولو بزمن يسير فلا تسمع دعواه ولو لم يتصرف المشترى في المبيع

(حكم وضع اليد على العقار والمنقول والديون والمنافع العامة)

ان جميع أحكام وضع اليد السابقة تسرى على العقار والمنقول والديون على السواء بلا تمييز بينها على رأى علماء الحنفية وفرّق الامام مالك رضى

الله تعالى عنه بين العقار والمنقول وبين بعض أنواع المنقولات وبعضها الآخر فليراجعه من شاء ·

وأما المنافع العامة فلا يمنع وضع اليد عليها من سماع الدعوى على واضع اليد مهما طال الزمن سواء كان المدعى من الهيئة الحاكمة أم المحكومة وسواء كان ممن ينتفع بالعين الموضوع عليها اليد أم لا لأن كل انسان له الحق فى الانتفاع بها ومن كان كذلك يثبت له حق اقامة الدعوى ولو لم ينتفع بالفعل

المدة الطويلة فى القانون

اعتبر القانون وضع اليد على الأملاك والأوقاف مدة معينة من أسباب الملك التام كالبيع الصحيح اللازم

وقد تكفلت المواد (من ٧٦ الى ٨٧) ببيان أحكام هذا المبحث وهى تنحصر اجمالا فيما يأتى

(١) وضع اليد وما يشترط فيه (٢) زمن وضع اليد الموجب للملكية (٣) مضى المدة المسقط للحق. واليك مجمل ما جاء فى كل قسم من هذه الأقسام مأخوذا باختصار من شرح القانون (من صفحة ١٠٦ — ١١٥)

(١) وضع اليد وما يشترط فيه * وضع اليد هو تعمد حيازة الشيء حيازة مستأثر بمنافعه ومتصرف فيه استئثار المالك وتصرفه سواء كان وضع اليد من متعمد الحيازة بمباشرته أم بواسطة وكيله فوضع اليد ونية التملك شرطان للتملك بمضى المدة

ووضع اليد يكون فى كل شيء بحسبه ففى ارادة كسب حق الملكية وحق الانتفاع وحق السكنى ونحو ذلك مما يحتمل الحيازة الفعلية لا بد من هذه الحيازة - وفى ارادة كسب غير هذه من الحقوق العينية ينظر فما كان منها مستمرا كالمُطَلّ على

الجار والشرب فتى وجد ابتدأ الحق ويستمر باستمراره ولا يبطل الا اذا سد المطل وانقطع الشرب وما كان غير مستمر فوضع اليد عليه يكون بالاستعمال الدائم كالمرور.

ويشترط فى وضع اليد : (١) أن يكون ظاهرا (٢) أن يكون بالاختيار فى الابتداء والاستمرار (٣) أن تكون اليد مستمرة بدوام استعمال الشيء الموضوع عليه اليد (٤) ألا ينقطع وضع اليد بسبب من أسباب الانقطاع

(٢) فى زمن مضى المدة الموجب للحق * يختلف الزمن المذكور باختلاف حالة الشيء الموضوع تحت اليد وباختلاف حالة واضع اليد وذلك أن الشيء اما أن يكون وقفا أو مملوكا وواضع اليد اما أن يكون واضعا يده على حق مملوك لشريكه فى الارث واما أن يكون أجنبيا عمن وضع يده على ملكه. فان كان الشيء وقفا أو كان واضع اليد وارثا وضع يده على حق شريكه كان الزمن اللازم لاكتساب الملك ثلاثا وثلاثين سنة ، وان كان الشيء غير وقف وواضع اليد غير وارث اختلف الزمن باختلاف سنده ونيته — فان كان لا سند له أو له سند ولكنه غير حسن النية فالزمن خمس عشرة سنة واذا كان حائزا للشرطين معاً فالزمن خمس سنين والمراد بالسند السند الصحيح وهو الذى لو كان صادرا من مالك لاتنقلت الملكية منه الى المتعاقد معه فان كان السند غير صحيح فالزمن خمس عشرة سنة وذلك كالعقود الباطلة وكالأحكام ماعدا أحكام مرسى المزاد وكاعلان ثبوت الوراثة وقسمة الأملاك لأن هذه الأشياء اقرارية لا انشائية

ويترتب على مضى المدة :(١) ملكية واضع اليد ملكية تامة (٢) سقوط الحقوق العينية اذا اعتبر واضع اليد المالك حرا بلا معارضة من أحد أو بالحكم له اذا عورض (٣) يزول كل عيب من السند الصحيح كالغش والخطأ والاكراه

(٣) فى مضى المدة المسقطه للحق * مضى المدة المسقط خاص بالتعهدات والالتزامات والحقوق العينية التى يضيع الحق فيها بعدم استعمالها كحق المرور وهو يتم بمجرد مرور الزمان بشرط أن يكون الدين مستحقا ويختلف زمن مضى المدة المسقط

باختلاف التعهدات والالتزامات والحقوق لان منها ما يسقط بمضى خمس عشرة سنة كما سبق وهو الأصل ومنها ما يسقط بمضى خمس سنين ومنها ما يسقط بمضى ثلثمائة وستين يوما .

فالتي تسقط بخمس سنين هى :(١) فائض المرتبات المقررة (٢) فائدة الديون (٣) المعاشات (٤) أجور الأراضي والمنازل والحكر والأموال الأميرية بالنسبة للمالك (٥) النفقات (٦) المكافئات التي تعطى للمستخدمين (٧) كل ما يستحق دفعه سنويا أو فى دور مدته أقل من سنة (٨) الديون التجارية

والتي تسقط بمضى ثلثمائة وستين يوما هى:(١) أجر الأطباء والمحامين والمهندسين (٢) أثمان المبيعات التى تباع من التجار لغيرهم أو لهم فى غير ما يتعلق بتجارتهم (٣) أجر المعلمين (٤) أجر الفعلة العاديين. وأما من كانت تدفع أجرته شهريا فالمدة فيه خمس سنين (٥) رسوم الأوراق المستحقة للمحضرين وكتبة المحاكم

ومضي المدة بالنسبة لملكية المنقولات اذا كانت بغير سبب صحيح أو بسبب صحيح مع سوء النية يكون بخمس عشرة سنة أما اذا كان بسبب صحيح وحسن نية اكتسب واضع اليد الملكية فى الحال طبقا لقاعدة (حيازة المنقول سند ملكيته) ويستثنى من ذلك حالة ضياع الشيء أو سرقته فان وضع اليد عليه بسبب صحيح وحسن نية لا يفيد الملكية الا بمضى ثلاث سنين واذا استرده صاحبه قبل مضى السنين الثلاث وكان واضع اليد قد اشتراه من السوق العام معتقدا ملكية البائع وجب على صاحبه أن يدفع لذى اليد الثمن وكذا ان اشتراه ممن يتجر فى مثله عادة. وعلى من يريد التوسع مراجعة شرح القانون

نزع الملك جبرا عن صاحبه

الأصل أنه متى ملك انسان شيئا ملكا تاماً بسبب من الأسباب السابقة لا يجوز أن ينتزع منه ما ملكه الا برضاه ولكن قد توجد

دواع تدعو الى انتزاع الملك جبرا عن صاحبه وهذه الدواعى تنحصر في حالتين

الحالة الاولى ـ أن يكون المالك مدينا دينا واجب الأداء وامتنع عن أدائه امتناعاً أدى الى رفع الدائن أمره الى القاضى فحينئذ يحكم القاضى بالحجر على أمواله لايفاء الدين منه فان كان فيها نقود حكم بأدائه منها وكذلك اذا كان الدين شيئاً من المكيلات أو الموزونات او العدديات المتقاربة وعند المدين من جنسها ما يفى بالدين فان لم يكن فى أمواله شيء من جنس الدين باع الحاكم من أمتعته بقدر ما يفى به بشرط ألا يكون فيه غبن على المدين وأن يبدأ بالأيسر فالأيسر على المدين فيباع أولا ما يتسارع اليه الفساد ثم غيره من المنقولات ثم العقارات ولكن رفقا بالمدين يجب أن يترك له الشيء الضرورى هو ومن تلزمه نفقتهم من مأكل وملبس ومسكن وبقدر الضرورى من المأكل بما يكفيهم الى الوقت الذي يحصلون فيه على غيره

فان كان أجيرا يأخذ أجرته يوميا يترك له قوت يومه وان كان يأخذها أسبوعيا ترك له قوت أسبوع . وان كان موظفا يأخذ مرتبه شهرياً ترك له قوت شهر وان كان زارعاً يترك له ما يكفى الى حين حصاد زرع جديد ومن الملبس بدلة وقيل بدلتان . ومن المسكن ما يسع سكناهم وحفظ أمتعتهم الضرورية فان لم يوجد للمدين غير هذه الأشياء الضرورية فلا يباع شيء منها لأن استيفاء الضروريات مقدم على أداء الديون حتى لا يكون المدين ومن يعولهم عرضة للهلاك وذلك مما تأباه العدالة ويحرمه النظام العام . هذا كله رأي الصاحبين

وقال الامام أبو حنيفة لا يجوز الحجر على المدين ولا بيع أملاكه جبرا عنه لأن فى ذلك اهدارا لآدميته والحاقا له بالبهائم بل يأمره بالدفع فان امتنع حكم بحبسه حتى يؤدى دينه سواء كان ذلك بواسطة بيع شىء من أملاكه أم بغيره كالقرض ورأى الصاحبين هو المعتمد

على مقتضى رأى الصاحبين من الابتداء ببيع الأيسر فالأيسر وترك الضرورى للمدين دُوّنت أحكام اللائحة التنفيذية للمحاكم الشرعية الصادرة فى ١٤ ابريل سنة ١٩٠٧ وكذلك قانون محاكم الأخطاط. أما القانون المدنى فلم يفرق فى الحجز على أموال المدين بين الابتداء بالعقار أو بالمنقول ومع ذلك فقد استثنى مما يجوز الحجز عليه بعض المنقولات وهى

(١) الأجر والمرتبات والمعاشات على التفصيل الوارد فى المادة ٤٢٤ مرافعات والأمر العالى الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٠ بالقيود المدونة فيهما

(٢) النفقات والمبالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة أو المشترط فيها عدم جواز الحجز عليها الى آخر ما جاء بالمواد ٤٣٦ — ٤٣٧ — ٤٣٨ مرافعات.

(٣) الفراش والثياب والملابس على الوجه المبين فى المادة (٤٥٤) مرافعات

(٤) الكتب الضرورية لحرفة المدين والآلات والعدد اللازمة للصناع لأعمال صناعاتهم الى آخر ما جاء بالمادة ٤٥٥ مرافعات

وكذلك استثنى قانون محاكم الأخطاط من الأموال التى للمدين بعض المنقولات وهو لا يخرج فى الجملة عما ذكر وهذا الاستثناء مبين بالمواد (١٩٤ — ١٩٥ — ١٩٦) . وأخيرا توسعت الحكومة المصرية فى الاستثناء لحماية صغار المزارعين من مخالب ذوى الجشع من المرابين فوضعت لذلك قانون (خمسة الأفدنة) الصادر عليه الأمر العالى فى أول مارس سنة ١٩١٣ فقد نص فيه على أنه لا يجوز الحجز على الأملاك الزراعية التى يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطيان الا خمسة أفدنة أو أقل ويدخل فى ذلك مساكن الزراع المذكورين وملحقاتها ودابتان من الدواب

المستعملة للجر والآلات الزراعية اللازمة لاستثمار الأرض – ولكن لا يسرى هذا الاستثناء فى الأحوال الآتية اذا كان المدين يملك أكثر من خمسة أفدنة وقت نشوء الدين أو كان غير مزارع أو حكم عليه بمبالغ بسبب جناية أو جنحة أو نفقة زوجية أو أجرة رضاع أو حضانة أو ما يكون مستحقاً من المهر أو يكون سندا لدين مسجلا وقت العمل بهذا القانون أو ثابت التاريخ من قبل ومثل الدائنين فى ذلك من يحل محلهم (أنظر شرح قانون خمسة الأفدنة لسعادة فتحه بك وكيل مدرسة الحقوق)

الحالة الثانية ـ أن يكون الملك محتاجا اليه للمنافع العامة كحفر الأنهار والترع وفتح الطرق والشوارع وتوسيعهما وتوسيع الجسور وتقويتها وانشاء الحصون والمرافئ والسكك الحديدية وغير ذلك مما هو مخصص لمنفعة العامة فانه اذا احتيج اليه لشيء مما ذكر ولم يقبل المالك اعطاءه مختارا بالثمن الذى يتفق عليه مع الحكومة يحكم القاضى بنزع ملكيتها جبرا عنه فى مقابلة ثمن يقدره الخبراء العادلون

ويجوز أخذ أموال الوقف للمنافع العامة ولكن تجب مراعاة مصلحة الموقوف عليهم بأن تستبدل بما هو أحسن صقعا وأغزر ريعا . وان كان المأخوذ للمنافع العامة من أرض الحكومة التى أعطتها للأهالى لينتفعوا بزراعتها بأجرة أو فى نظير دفع الخراج وجب أن ترفع الأجرة والخراج عمن أخذت منه

ليس فى القانون المدنى من أسباب نزع الملك جبراً عن صاحبه غير الحالتين اللتين سبق بيانهما . ويشترط لنزع الملك للمنافع العامة قانوناً شرطان وهما: (١) صدور امر عال (٢) تعويض المالك قيمة ما نزعت ملكيته منه . والذى له هذا الحق هو: (١) مصالح الحكومة (٢) المصالح العمومية الأخرى (٣) الشركات والأشخاص

الذين يريدون أن يعملوا عملا ذا منفعة عمومية تقررها الحكومة . وينزع ما يكون لازما للمنفعة من العقار كله أو بعضه ويقدر التعويض بالاتفاق أو بحكم المحكمة بناء على تقدير الخبراء ويلاحظ فى التقدير ما قد ينشأ عن نزع بعض الملك من الزيادة أو النقصان فى قيمة الباقى فان أخذ كل العقار فلا يلاحظ ذلك ، ويترتب على نزع الملكية : (١) أن يعتبر الأمر العالى الصادر بنزع الملكية كعقد ملكية مسجل (٢) يعتبر الاتفاق على الثمن وملحقاته عقدا رسميا (٣) يبرأ طالب نزع الملكية من كل حق للغير متى دفع الثمن للملاك (٤) تنتقل العقارات المنزوعة ملكيتها خالية من جميع الحقوق (٥) إذا تبين أن الملك لغير من ذكر اسمه فى الأمر العالى فليس للمالك الا أن يرجع عليه اذا كان أخذ الثمن فان لم يكن أخذه تولاه بالطرق القانونية من خزينة الحكومة (٦) لا يتوقف نزع الملكية على أى دعوى تكون مقامة بشأن العقار وإنما يتحول حق ذى الشأن فى تلك الدعاوى من العقار الى الثمن.

هذا كله اذا كان المالك حاضرا وأهلا للتصرف وغير محل خيري فان كان المالك من غير هؤلاء فلا تجوز الممارسة على الثمن الا اذا كان طالب نزع الملكية مصلحة أميرية . ولا يجوز للأوصياء أو القوام استلام الثمن الا باذن خصوصى من الجهة التى لها النظر فى ذلك. فان كان العقار وقفا إسلاميا وجب ايداع الثمن فى خزينة ديوان عموم الأوقاف ولكن المتبع الآن هو الايداع فى خزائن المديريات والمحافظات والقضاة الشرعيون لا يرخصون بالبيع الا على هذا الشرط. وان كان وقفا غير اسلامى سلم الثمن الى الجهة التابع لها الوقف (انظر شرح القانون من صفحة ١١٦ — ١٢٤)

المداينات

المداينات جمع مداينة وهى مأخوذة من داين اذا أخذ بالدين وأعطى به وتنحصر مباحث المداينات فى تعريف الدين . وأقسامه . وايفائه والمقاصة فيه . والابراء عنه . وتجديده وفسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين . وسقوطه

تعريف الدين

الدين معناه لغة كل شيء غير حاضر . ويجمع على ديون وأَدْيُن . والدائن من له الدين والمدين والمديون من هو عليه . وقيل المديون كثير الدين وهى لغة بنى تميم والحجازيون لا يقولون مديونا وانما يقولون مدينا .

ومعناه شرعا ما ثبت من المال فى الذمة بسبب من الأسباب الموجبة له . وهي على سبيل الاجمال ثلاثة أسباب: الأول العقود. الثانى النصوص الثالث الأفعال . فالعقود كالقرض والبيع والاجارة والكفالة والحوالة والزواج والخلع وغير ذلك . والديون التى تثبت بها هى : بدل القرض والثمن . والأجرة. والمكفول به. والمحال به. والمهر. وبدل الخلع. وهكذا ـ والنصوص هى الأحكام الشرعية بثبوت النفقات على اختلاف أنواعها فانها تكون دينا فى ذمة من وجبت عليهم شرعا ـ والأفعال كالغصب واستهلاك أموال الغير بالتعدى فانها تثبت بها أمثالها ان كانت من المثليات أو قِيَمُها ان كانت من القيميات في ذمة الغاصب والمستهلك

سواء أهلكها بنفسه أم أهلكها من هم تحت رعايته من القصّر والمجانين أو ما هو فى ملكه من الأعيان كجناية الحيوانات والهلاك بعدم اتخاذ الحيطة فى المبانى حتى سقطت فأتلفت شيئا وفى هذا المبحث بيان شاف فى الجزء الخامس من ابن عابدين (من صفحة ٥١٦ ـ ٥٤٨) فليراجعه من شاء .

المداينات فى القانون

أدمج القانون المدني الكلام على المداينات فى مباحث التعهدات والالتزامات لأنها من جزئياتها ولكنه أفردها بالكلام فى المواضع التى لا يشترك معها فيه غيرها كالمقاصة والابراء واستبدال الدين بغيره ونحو ذلك ثم تكلم على حقوق الدائنين فبين أنواعها فى المواد (من ٥٥٤ – ٦٠٥) وسيأتى بيان التعهدات والالتزامات القانونية عقب مبحث كتاب العقود والتصرفات الشرعية والآن نبين باختصار ما يتعلق بالديون من هذه المباحث

أسباب الديون فى القانون

أسباب الديون فى القانون ثلاثة كما فى الديون الشرعية

الاول – توافق المتعاقدين (العقود والتصرفات) وهى مبينة بالمواد (من ١٢٨ — ١٤٣)

الثانى — الأفعال التى تصدر من الشخص نفسه أو ممن هم فى كفالته أو من مواله أو من أموالهم وهى مبينة بالمواد (من ١٤٤ — ١٥٣)

الثالث – نصوص القانون وهى مبينة بالمواد (من ١٥٤ — ١٥٧)

فالدين الواجب بالعقود سيأتى الكلام عليه فى ضمن الكلام على العقود من أقسام التعهدات القانونية والديون التي تجب بالنوعين الاخيرين هى بعينها المبينة فى أسباب الديون الواجبة بهما شرعا بدون فرق مطلقا بين أنواعهما

أنواع الدين

ينقسم الدين باعتباراته المختلفة الى أنواع كثيرة وذلك أنه باعتبار وصفه ينقسم الى حالّ ومؤجل ومقسط ـ وباعتبار قوّته ينقسم الى ممتاز وغير ممتاز . والى صحيح وغير صحيح . والى دين صحة ودين مرض ـ وباعتبار سببه بالنسبة للمدين ينقسم الى ثابت أصالة فى الذمة وثابت تبعا لثبوته على شخص آخر وبالنسبة للدائن ينقسم الى مشترك وغير مشترك واليك بيان كلٍّ

الدين الحال ما تصح المطالبة به فوراً والدين المؤجل ما لا تصح المطالبة به الا وقت حلول الأجل . ويشترط في الأجل لصحة العقد المترتب عليه الدين أن يكون معلوماً عند المتعاقدين علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع ـ والدين المقسط ما يؤدى أجزاء متفرقة فى أوقات متعددة ـ ويشترط لصحة التقسيط أن تكون الأجزاء معلومة وأوقات الأداء معينة كما ذكر . واذا اشترط الدائن أنه اذا تأخر المدين عن دفع أى قسط فى وقته تحل بقية الأقساط اعتبر الشرط ووجب العمل به وان لم يشترط ذلك وتأخر المدين فلا تحل .

والدين الممتاز هو ما أخذ به الدائن رهنا وسيأتى الكلام على هذا النوع في مبحث الرهن . وغير الممتاز أو العادى هو ما لا رهن به . ودين الصحة هو ما ثبت فى ذمة المدين حال صحته سواء علم سببه بأن كان ثمن مبيع مثلا أم لا . كما اذا ثبت بالاقرار ـ ودين المرض هو ما ثبت في ذمة المدين أثناء مرض موته فان علم سببه كان في قوة دين الصحة

وان لم يعلم سببه كان أضعف منه فلا يأخذ من استحقه شيئا الا بعد استيفاء أرباب الديون المذكورة حقوقهم ومن ذلك يعلم أن الديون باعتبار قوتها مرتبة كما يأتي :

(١) الديون التى أعطى بها رهن سواء كان عقارا أم منقولا ولا يتعدى الامتياز الرهن الى ما عداه من أملاك المدين كما سيأتى

(٢) ديون الصحة سواء علم سببها أم لا وديون المرض التي علم سببها وليس بشيء منها رهن

(٣) ديون المرض التى لم يعلم سببها اذا كانت لغير وارث أو لوارث وصدّق الورثة المقر فان كانت لوارث ولم تصدقه الورثة فلا يعتبر ديناً

والدين الصحيح هو الذى لا يسقط الا بالأداء أو الابراء وهو يشمل جميع الديون ما عدا ديون النفقة غير المستدانة أصلا أو المستدانة بغير الرضا أو القضاء ، وغير الصحيح ما يسقط بغير ما ذكر كبقية أنواع النفقات فانها اذا كانت للزوجة تسقط بالموت أو الطلاق واذا كانت لغيرها من الأقارب تسقط بزوال الوصف الموجب لها .

والدين الثابت أصالة فى الذمة هو ما وجب فى ذمة المدين ابتداء وهو كل الديون ما عدا دين الكفالة والحوالة . وما ثبت تبعا هو كل من النوعين المذكورين فانهما انما يثبتان بالتبعية لثبوتهما فى ذمة المكفول عنه والمحال عليه وسيأتى بيان كل منهما فى مبحثه الخاص به

والدين المشترك ما كان سبب ثبوته فى ذمة المدين متحدا كأن يكون ثمن مبيع مشترك بيع صفقة واحدة ولم يذكر في العقد مقدار

نصيب كل واحد أو أجرة مال مشترك . أو آيلا للورثة عن مورثهم . أو قيمة مال مستهلك مشترك . أو أداء الكفلاء من مال الشركة بأمر المكفول عنه فانه يكون مشتركا عليه

وحكم هذا القسم انه يجوز لكل واحد من الشركاء أن يطالب بحصته منه متى كانوا حاضرين فان كان أحد الشركاء غائبا جاز للحاضر طلب نصيبه ولا ينتظر الغائب وللقاضى أن يجبر المدين على اداء نصيبه ولا فرق فى جواز المطالبة بهذه الصفة بين أن يكون بالدين رهن أو كفيل لكل الشركاء أو لبعضهم دون البعض الآخر. واذا سقط نصيب أحد الشريكين أو الشركاء فى الدين عن المدين فلا يخلو من أن يكون سبب سقوطه استيفاءه أو هلاك الرهن الذى تحت يده بهذا الدين . أو تركه بعوض أو بغير عوض. أو المقاصة به . فان كان سبب سقوطه استيفاءه سواء كان من المدين أم من الكفيل بحصته أم من المحال عليه بها جاز للآخر أن يشاركه فيما أخذه بنسبة نصيبه ويشاركه بالأولى اذا كانت الكفالة والحوالة بكل الدين. وجاز له ان يتبع المدين بنصيبه. فان اختار اتباع المدين فلا يكون له الحق فى الرجوع على شريكه الا اذا هلك نصيبه بموت المدين مفلسا . وان كان السقوط بسبب هلاك الرهن المأخوذ به أو كان بسبب تركه بعوض فالحكم كما ذكر سواء كان العوض مالا كما اذا اشترى بنصيبه شيئا من المدين أم منفعة بأن استأجر به شيئا منه ويجوز أيضا لشريكه أن يشاركه فيما اشتراه أو استأجره اذا تراضيا على ذلك . أما اذا كان العوض بدل صلح فان كان هذا البدل من جنس الدين كان شريكه مخيرا بين أن يشاركه فيما أخذه قل

أو كثر بنسبة نصيبه في الدين وبين أن يتبع المدين بحصته كما ذكر في الاستيفاء وان كان من غير جنس الدين فالحكم فيه كالشراء . ولا فرق في الرجوع على الآخذ بين أن يكون ما أخذه قائما عنده وبين أن يكون تصرف فيه تصرفا يجعل للغير حقا عليه أو استهلكه سواء كان من جنس الدين أم من غير جنسه ولكن اذا هلك ما أخذه تحت يده بدون تعد ولا تقصير فلا رجوع لشريكه عليه بشيء وانما يرجع على المدين بحصته

وان كان بسبب ترك الدين بلا عوض فسواء كان بالهبة أم بالابراء فلا رجوع لشريكه عليه وانما يرجع بنصيبه على المدين

واذا كان السقوط للمقاصة فان كانت بسبب اتلافه شيئاً من مال المدين أو بحدوث دين للمدين عليه بعد ثبوت الدين المشترك جاز لشريكه أن يرجع عليه بنصيبه فيما سقط قصاصا أو أن يرجع على المدين . والرجوع على الشريك يكون بمثل نصيبه لا بعينه ولو كان قائما لأن الديون تقضى بأمثالها .

وان كان بسبب ضمان أحد الشريكين مدينا لمن عليه الدين المشترك سقط نصيبه قصاصا بهذا الضمان . أو كان على أحد الشريكين دين للمدين سابق على الدين المشترك فيتقابل الدينان قصاصا ولا يرجع الشريك على شريكه بشيء ولو رجع الشريك الضامن على المكفول عنه وأخذ منه ما أداه عنه في صورة الضمان . وانما يرجع الشريك الآخر على المدين بنصيبه

واذا مات المدين وكان أحد الشريكين في الدين وارثا له والتركة لا تفي بدينيهما اشتركا فيها على حسب حصة كل واحد منهما في الدين

ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في الدين المشترك تصرفا

يضر بالآخر فلا يجوز لأحدهما اذا كان الدين المشترك موروثا أن يؤجل نصيب شريكه فى الدين الحال أو يبطل أجله بدون اذن شريكه الآخر ولكن يجوز له أن يؤجل نصيب نفسه لأن له الولاية على ماله — فان كان الدين واجبا بمباشرة أحد الشركاء فى شركة العنان وأجله المباشر كله أو بعضه صح تأجيله وان أجله غيره أو أجل حصته فقط لا يصح — ولا يصح تأجيل دين القرض المشترك من المباشر لعقد القرض أو من غيره لأن عقد القرض نفسه غير لازم فكذلك الأجل فيه

والدين غير المشترك هو ما كان سبب ثبوته في ذمة المدين مختلفا كأن يكون أحد الدينين بدل قرض . والآخر ثمن مبيع مشترك ولكن سمى كل واحد لنصيبه ثمنا حين العقد وحكمه أنه يجوز لكل واحد من الدائنين أن يستوفى دينه على حدته من المدين وما يأخذه يكون له خاصة ولا يشاركه فيه غيره من الدائنين الا اذا كان المدين محجورا عليه بسبب الدين وأعطى من المال الذى تخصص بالحجز لأداء الديون فانه حينئذ يبطل تصرفه ويسترد المال ممن أخذوه اذا لم يجزه الدائنون

أنواع الديون فى القانون

قسم القانون فى المادة (٥٥٤) أنواع الديون الى خمسة أنواع

الأول الديون العادية

الثانى الديون التى بها رهن عقارى

الثالث الديون التى ثبت لأصحابها حق الاختصاص بعقارات المدين كلها أو بعضها لاستيفاء ديونهم

الرابع الديون الممتازة التي لأصحابها بسبب ديونهم حق الأولوية في استيفائها من ثمن منقولات أو عقارات معينة مما يملكه المدين

الخامس الديون التي لأصحابها حق صالح للاحتجاج به على بقية الدائنين في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم الى حين استيفاء ديونهم مع مراعاة الاجراءات المقررة في القانون مادة (٥٥٥)

وحكم النوع الأول أنه يجوز للدائنين استيفاء حقوقهم من جميع أموال مدينهم لأن القانون يقضي بأن أموال المدين بجملتها ضامنة لتعهداته مادة (٤٤١) ولا يجوز الطعن من الدائنين في تصرف المدين في أمواله بمقابل الا اذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم مادة (٥٥٦)

وقد أبان شارح القانون الطريق الوسط الذي اتخذه القانون لحفظ أموال الدائنين العاديين من جهة . ولجعل وسائل الاستيفاء غير معطلة للمعاملات ولا ضارة بانتفاع الملاك كما يشاءون بما يملكون من جهة أخرى . وقد حصر هذه الحقوق في نوعين: (١) حقوق تمكن الدائنين من استيفاء أموال المدينين (٢) حقوق تجعل التنفيذ على تلك الأموال عند الحاجة مؤديا للغرض المقصود منه . وتنحصر التصرفات التي يجوز ابطالها فيما يأتي:

(١) العقود بأنواعها (٢) التنازل عن حق مكتسب (٣) الابراء من التعهد (٤) الصلح الحاصل أمام المحكمة بتواطؤ بين المدين والخصم الآخر (٥) ترك التمسك بمضي المدة الذي تم — ويشترط فيما يجوز ابطاله من المعاوضات أن يكون ضارا بالدائن وقت ارادة ابطال التصرف وأن يكون الضرر مقصودا (وفي هذا المقام تفصيل أوسع فليراجع)

وأما التبرعات فلا يشترط في جواز ابطالها الا أن تكون مضرة بالدائنين سواء كان الضرر مقصودا أم لا — ثم أبان بيانا شافيا: من له حق ابطال التصرفات. وحكم ابطالها بالنسبة لمن أبطلها. ولمن تعامل مع المدين.. ولباقي الدائنين فليراجعه من شاء

ثم أبان حقوق المدين التى يجوز للدائن استعمالها وهى : (١) الاجراءات التى يحفظ بها مال المدين (٢) الدعاوى التى تفيد ذلك (٣) دعاوى التعويض عما تلف من ماله بعمل الغير (٤) الطعن فى الأحكام بالطرق القانونية (٥) تقاضى الديون التى قبل الغير للمدين (٦) طلب الغاء العقود التى لم تنعقد أو لم تستوف شرائط صحتها — واشترط لجواز استعمال هذه الحقوق ثلاثة شروط : (١) أن يكون الحق موجودا (٢) أن يكون مالا (٣) أن يكون للدائن فائدة حاضرة من العمل وأما التى لا يجوز استعمالها من الحقوق فهو غير ما ذكر — وذكر فى نهاية هذه المباحث الهامة حكم استعمال حقوق المدين بالنسبة للمدعى عليه من حيث جواز دفع الدائن بما جاز له أن يدفع المدين . وبالنسبة للمدين من حيث عدم علاقته بسعى الدائن فربحه له وخسارته عليه . وبالنسبة لبقية الدائنين من حيث كونهم أجانب عن الدعوى ولهم اذا خسرت اقامتها باسمهم . وهاك ملخص ما قاله فى النوع الثانى وهو ما يجعل التنفيذ على أموال المدين وافيا بالغرض المقصود منه وذلك عبارة عن الاجراءات التحفظية الجائزة للدائنين ليصلوا بها الى استيفاء حقوقهم المضمونة بمجموع أموال المدينين وهذه الاجراءات هى :

(١) حق طلب تعيين القيم على المدين السفيه أو المعتوه

(٢) حق وضع الأختام على تركة المدين

(٣) حق التداخل فى قسمة المال المشترك

(٤) حق طلب الاعتراف بالتوقيع على سند التعهد

(٥) حق طلب الحجز التحفظى على المفروشات ونحوها والمنقولات الموجودة بالمحال المؤجرة والثمار والمحصولات

ثم بعد ذلك اذا لم يدفع المدين جاز للدائن أن يعمد الى التنفيذ القهرى بطلب بيع أمواله كلها أو بعضها جبرا عليه بالمزاد العام أمام المحكمة وأخذ حقه من ثمنها فاذا استوفى أحد الدائنين العاديين حقه بالطرق المشروعة فليس لغيره مزاحمته فيه وسيأتى بيان ذلك فى وفاء الدين

حكم بقية أنواع الديون قانونا

حكم بقية الأنواع أنها يقدم فيها الأقوى فالقوى فالضعيف . فأقوى الديون اذا اختلفت أنواعها هو الدين الممتاز امتيازا عاماً وأنواعه (١) المصاريف القضائية (٢) المبالغ المستحقة للحكومة من الضرائب والرسوم (٣) الأجرة المستحقة للمستخدمين عن خدمة سنة سابقة وللكتبة والعملة عن عمل ستة أشهر مضت (٤) دين من صرف شيئا لحفظ الشيء (٥) دين صاحب حق الحبس . ويلي ما ذكر: (٦) الدائنون الممتازون امتيازا خاصا والمرتهنون لهذه المبيعات بحسب تاريخ التسجيل للامتياز (٧) الدائنون الذين لهم حق اختصاص على العقار بحسب تواريخ تسجيلاتهم مع اعتبار من سجلوا فى يوم واحد طبقة واحدة (٨) الدائنون العاديون

وقد ذكر الشارح ترتيبا آخر للدائنين الممتازين اذا تزاحموا على ثمن المنقولات وأبان أنواع تلك المنقولات . والذين تزاحموا على ثمن الثمار والزرع وهذا الترتيب جدير بالاطلاع عليه ولولا زيادة التطويل لذكرتها تفصيلا — ولا امتياز لأحد من أرباب الديون العادية المتساوين فى الرتبة على الآخرين بل تقسم أموال المدينين بينهم بنسبة ديونهم كما لا تفاضل بين المرتهنين الا بأسبقية تاريخ سجل رهنهم

فان سجلت فى يوم واحد فلا فرق بينها ولا فرق بين الاختصاص والرهن الا بأسبقية التسجيل أيضا ولكن اذا سجل الرهن والاختصاص فى يوم واحد فالأولوية للرهن العقارى الا اذا كان الغرض من الرهن الاضرار بحقوق ذوى الاختصاص وثبت ذلك فيقدم صاحب الاختصاص على العقارات — وأما مايختص بهلاك الرهن أو بيعه أو التصرف فيه أو نحو ذلك فسيأتى الكلام عليه عقب كتاب الرهن وكذا ما يختص بالدين المضمون (شرح القانون من صفحة ٣٥٦ — ٣٨١ ليس فى شيء مما ذكر ما يصادر أحكام الشريعة الغراء

وفاء الدين

وفاء الدين اما أن يكون بأدائه نقدا أو بسقوطه عن المدين فان كان بأدائه نقداً فاما أن يكون المؤدى هو المدين أو غيره فان كان هو المدين فاما أن يكون محجورا عليه لدين أو لا وان كان غيره فاما أن يكون بأمر المدين أو بغير أمره وان كان بأمره فاما أن يكون المأمور صيرفيا أو شريكا للآمر أو خليطا له (أى بينهما أخذ وعطاء) أو كان المأمور من عيال الآمر أو بالعكس واما أن يكون غير هؤلاء وان كان غير هؤلاء فاما أن يشترط الرجوع على الآمر أو يكون الآمر مفيدا للرجوع أولا يشترط ذلك ولا يكون مفيدا له والآخذ للدين اما أن يكون محجورا عليه أولا .

وان كان قضاء الدين بسقوطه فاما أن يكون السقوط بالمقاصة أو الابراء أو باحالة الدين من ذمة المدين الى ذمة غيره أو بتجديد عقد الدين أو بفسخ العقد المترتب عليه الالتزام فان كان المؤدى هو المدين ينظر فان كان غير محجور عليه لدين وأداه من ماله للدائن نفسه أو وكيله ان كان أهلا للقبول أو لوليه أو وصيه ان لم يكن أهلا له برئ من الدين سواء أداه بنفسه أم بواسطة شريكه أم أداه عنه كفيله ولا يشترط فى صحة البراءة أن يكون المدين تام الأهلية للتصرف بل يكفى أن يكون مميزا عاقلا سواء كان صغيرا أم معتوها ــ أما اذا أداه من غير ماله ثم استحق أو وجد ما أداه من ماله نقودا زائفة أى غير رائجة لغلبة الغش فيها فردها الدائن على المدين يعود الدين بالحالة

التى كان عليها فاذا كان أصله مؤجلا وأداه المدين قبل حلول الأجل عاد بالاستحقاق والرد مؤجلا كما كان . كما لا تبرأ ذمته اذا دفع الدين الى الدائن المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فهلك فى يده أو ضاع منه ولوليه أو وصيه مطالبة المدين به وأخذه منه .ويجبر الدائن على قبول الدين المؤجل اذا أراد المدين أداءه فورا ولكنه لا يجبر على قبول بعض دينه الحال وتأخير البعض الا اذا كان معسرا لا يملك مايوفى به كل دينه فانه يمهل الى الميسرة هذا اذا كان الدين متحد السبب فأن كان عليه دينان ودفع أحدهما برئ منه وان اختلفا فى تعيين المدفوع وكان الدينان غير متساويين فى القوة بأن كان أحدهما مشمولا برهن أو كفالة دون الآخر أو كان أحدهما خاصا والآخر مشتركا أو غير ذلك من الاختلافات كان القول للمدين بيمينه فى تعيين نوع الدين الذى دفعه

وان كان المؤدى للدين هو غير المدين بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أم لم يقبل ولا يرجع بما دفعه على المدين مطلقا لكونه متبرعا ولا على الدائن الا اذا كان الدائن قد أبرأ المدين بعد استيفاء دينه من المتبرع فان له الرجوع على الدائن بما أداه له

وان كان المؤدى للدين هو غير المدين ولكن أداه بأمره ينظر فان كان ما أداه عنه هو دين أو نفقة على عيال الآمر ومن تلزمه نفقتهم أو مغارم وجبت عليه أو عوائد أملاكه أو رسوم قضاياه المطلوبة منه أو كان كفيلا عنه بأمره أو كان قد أمره بشراء شيء له بماله أو ببناء دار بمصاريف من طرفه ففعل المأمور ذلك رجع على الآمر بما أداه في

هذه الصور سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط وان كان ما أداه من غير الأنواع المذكورة بأن أمره أن يدفع عنه مبلغا معلوما لشخص معين ينظر فان كان المأمور صيرفيًا أو شريكا للآمر أو خليطا له (أى بينهما معاملة) أو كان الآمر في عيال المأمور كابنه أو خادمه أو بالعكس كأبيه فله الرجوع على الآمر ولو لم يشترط الرجوع عليه . وان لم يكن المأمور أحد هؤلاء فلا يرجع الا اذا صرح الآمر له بأن يدفع قضاء عنه . أو على أن ما يدفعه يكون دينا عليه ، أو ضامناله أو اشترط الآمر الرجوع عليه بما يدفعه فان لم يُشترط الرجوعُ ولم يصرّح بشيء مما ذكر فليس له أن يرجع على الآمر وانما يكون له حق الرجوع على الآخذ واسترداد ما أخذه منه ان لم يكن الآمر مدينا للآخذ والا فلا رجوع له عليه أيضا . ومثل ما ذكر في الحكم ما اذا أمر شخص غيره بأن يهب عنه مبلغا لشخص معين أو يقرضه له أو يحج عنه أو يؤدى زكاة ماله أو نحو ذلك من الواجبات الدينية أو الخيرية

والقاعدة العامة في جميع ما ذكر أن كل موضع يملك المدفوع اليه المال مقابلا بملك مال له يرجع المأمور بما أنفقه على الآمر ولو لم يشترط الرجوع عليه . وفي كل موضع لا يملك المدفوع اليه المال مقابلاً بملك مال له فلا يرجع المأمور بشيء الا اذا اشترط الرجوع

واذا كان المأمور قد أدى الدين عن الآمر وأداه الآمر أيضاً عن نفسه فان أثبت المأمور بالبينة أو باقرار الآمر أنه أدى بعد الأمر وقبل أداء الآمر كان له حق الرجوع على الآخذ أو الآمر وان لم يثبت ذلك بما ذكر رجع على الآخذ فقط لا على الآمر ـ هذا كله اذا كان

الآخذ للدين غير محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فان كان كذلك فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق الولاية على أمواله كوليه أو وصيه ـ وسيأتى بيانهما في الكلام على أهلية العاقدين في كتاب العقود ـ واذا أدى الدين للمحجور عليه بسبب مما ذكر فهلك أو ضاع في يده لا يبرأ بل يكون للوصى أو الولى مطالبته به واستيفاؤه منه

واذا كان المكلف بايصال الدين هو رسول المدين فضاع منه أو هلك بدون تعديه قبل وصوله الى الطالب كان ضياعه وهلاكه من مال المدين واذا كان هو رسول الطالب وأخذ الدين من المدين بأمر مرسله فضاع أو هلك فهو على الطالب ويبرأ المدين من الدين

ولو دفع انسان لآخر مالا ظانا أنه واجب عليه ثم ظهر أنه غير واجب فله الرجوع به على من أخذه منه لأنه لا عبرة بالظن البين خطأه كما اذا دفع المشترى للشفيع مبلغا فى نظير اسقاط شفعته فان الشفعة تسقط ولا يستحق الشفيع شيئا بل يرد ما أخذه

واذا امتنع المدين عن أداء دينه لصاحبه وامتنع كفيله عن ذلك أيضا وظفر الدائن من مال أحدهما بجنس دينه وهو على صفته كان له أخذه ولو بدون رضا صاحبه سواء كان هو الأصيل أم الكفيل

محل وفاء الدين

ان كان الدين مماله حمل ومؤنة واشترط تسليمه في مكان معين صح الشرط ووجب العمل به ـ وان لم يشترط ذلك سلم فى مكانه الذى كان فيه وقت العقد ـ وان لم يكن له حمل ومؤنة فلا يصح تعيين مكان التسليم ـ ويجوز للدائن تسليمه فى غير المكان المعين ما دام مأمونا

وأما قضاء الدين بالمقاصة وغيرها من أسباب سقوطه عن المدين فسيأتى الـكلام عليها في المباحث الآتية

انقضاء التعهدات والالتزامات المترتب عليها الدين قانونا

تنقضى التعهدات المترتب عليها الدين بأحد الأسباب الآتية

(١) الوفاء (٢) الابراء (٣) استبدال التعهد بغيره (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) فسخ العقد (٧) مضى المدة

الوفاء

وفاء الدين قانونا مبين بالمواد (من ١٥٩ — ١٧٦) وينحصر فى بيان المؤدّي والمؤدّى اليه . ومكان الأداء . وزمانه . ومصاريفه . ومن له تعيين المدفوع اذا تعددت الديون

المؤدّى

يجوز أن يكون المؤدّى للدين هو المدين أو غيره ولو بدون رغبة الدائن سواء كان هذا الغير مأمورا بالدفع أم فضوليا وله أن يرجع بما دفعه على المدين ان لم يكن الغرض بالدفع الاضرار به (فى الشريعة يعتبر الفضولى متبرعا ولا رجوع له على المدين) . وتكون التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تأمينا لمن دفع الدين فى أربعة أحوال (١) اذا قبل ذلك الدائن عند الأداء له (٢) اذا كان الدائن ملزما مع المدين بأداء الدين أو بوفائه عنه (٣) اذا كان الدافع دائنا وفى لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقارى أو أدى ثمن عقار اشتراه للدائنين المرتهنين لذلك العقار (٤) اذا صرح القانون بحلول من أدى الدين محل الدائن الأصلى — ويشترط فى المؤدّى لصحة الأداء أن يكون أهلا للتصرف ومع ذلك لو أداه من ليس أهلا له ولم يعد عليه ضرر من دفعه برئ . ويبرأ اذا كان الدين نقودا أو منقولات وعرضها على الدائن عرضا قانونيا — وبتسليم العقار

للحارس بحكم فى مواجهة الدائن (المواد من ١٥٩ — ١٦٦ . و ١٧٥ و١٧٦)

المؤدّى اليه

يجب أن يكون المؤدى اليه هو الدائن أو وكيله ويشترط فى كل منهما أن يكون أهلا للقبول فان لم يكن أهلا له فالأداء لوليه أو وصيه (مادة ١٦٧ والجزء الأخير من مادة ١٦٥)

مكان الأداء وزمانه

يجب أن يكون الأداء على حسب الاتفاق ان وجد فيما يختص بالكيفية وبالزمان والمكان المعينين له ولا يجوز للمدين دفع البعض ما دام الكل مستحق الدفع . ولكن يجوز فى ظروف مخصوصة أن يأذن القضاة بالتقسيط أو مد أجل الدفع الى ميعاد لائق ان لم يكن فى ذلك ضرر جسيم للدائن فان لم يوجد اتفاق فمكان الايفاء هو ما كان فيه الشيء وقت العقد ولكن اذا كان الدين نقودا و أشياء معين نوعها فيعتبر أن الوفاء مشروط حصوله فى محل المدين

مصاريف الأداء . ومن له حق تعيين المؤدّى

تلزم هذه المصاريف من التزم بها فان لم يوجد ملتزم فهى على المدين (مادة ١٧١)

واذا تعددت الديون لشخص واحد وأدّى المدين أحدها كان له حق تعيين ما أداه وان لم يبين اعتبر المؤدّى ما يكون فى أدائه فائدة للمدين

المقاصة

المقاصة شرعا هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لهذا الغريم وهي نوع من الوفا

أنواعها وشروطها

المقاصة نوعان جـبرية واختيارية فالجبرية تحصل بمجرد ثبوت الدينين سواء كان بعقد أم بغيره ويشترط لحصولها اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا . والاختيارية تحصل بتراضى المتداينين ولا يشترط فيها شيء من ذلك ويترتب على ذلك أنه لو كان للمستودع دين على صاحب الوديعة من جنسها وكانت الوديعة فى يده فلا تصير الوديعة قصاصا بالدين الا بالتراضى وان لم تـكن الوديعة في يده أو لم يتراضيا لا يلتقيان قصاصا ـ والغصب كالوديعه في جميع ما ذكر ـ ولـكن اذا أتلف الدائن مالا للمدين أو كان عليه دين لـكفيل المدين الذي كفل له فان كان ما أتلفه أو ما للـكفيل عليه من جنس دينه سقط الدين قصاصا عن المدين أو الـكفيل وان لم يكن كل منهما من جنس الدين فلا يلتقيان قصاصا الا بالتراضى

المقاصة القانونية

المقاصة فى القانون مبينة بالمواد من (١٩٢ — ٢٠١) وينحصر الـكلام عليها فى بيان أنواعها وشروطها وحكمها

فأنواعها اثنان حتمية وجائزة . فالأولى تحصل بمجرد العقد وبدون علم صاحبي الحقين متى استوفت شرائطها وتكون بالأقل من الدينين ، والثانية لا تحصل الا بالتراضي (مادتى ١٩٢ و ١٩٣)

وشروط المقاصة الحتمية تساوى الدينين من جميع الوجوه بأن يكونا خاليين من النزاع . ومستحقى الطلب . وأن يكونا من النقود أو من المثليات المتحدة النوع والقيمة . وأن يكونا واجبى الأداء في محل واحد (اعترض شارح القانون على الشرط

الأخير ورأى أنه غير لازم) فمتى توفرت هذه الشروط وقعت المقاصة حتما ولكن يستثنى من ذلك : (١) أن يكون أحد الدينين غير قابل للحجز (٢) أن يكون أحد الحقين وديعة (٣) أن يحجز على أحدهما قبل ثبوت الثاني فى الذمة (٤) أن يحصل تحويل الدين الى آخر برضا المدين وان اختل شرط من الشروط السابقة كانت المقاصة جائزة (المواد ١٩٤ و ١٩٥ و ١٩٧)

وحكمها أنها ليست قهرية ويترتب عليها : (١) سقوط الحقين بمقدار الأقل منهما (٢) سقوط التأمينات التي كانت على الديون الساقطة (٣) الرجوع على شريكه أو الكفيل المتضامن معه بمقدار ما أوفاه عنهم بالمقاصة كما لو كان الوفاء بالنقد (٤) اعتبار سقوط التأمينات والرهون والفوائد من وقت المقاصة (٥) تتبع قواعد خصم الوفاء نقدا فى الوفاء بطريق المقاصة فاذا تعددت الديون كان تعيين ما سقط بالمقاصة للمدين وان لم يعين كان الخصم من الدين الذى له أكبر فائدة من وفائه (الشرح صفحة ٢٠٤ و ٢٠٥) واذا تركها صاحبها فلا يعود تأثير الترك الا على الدائن والمدين فاذا دفع شخص دينه المقابل بدين له على دائنه بدون التفات الى المقاصة المستحقة له ثم طلب دينه جاز للكفلاء بهذا الدين وللشركاء المتضامنين فيه وللدائنين المتأخرين عن المطالب فى رتبة الرهن والامتياز ولمالك الشىء المرهون لمنفعة المدين أن يحتجوا عليه بالمقاصة التى لم يلتفت اليها الا اذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بدينه الذى كانت تمكن به المقاصة (مادة ١٩٨)

اتحاد الذمة قانونا

اتحاد الذمة هو أن يصير الشخص دائنا ومدينا فى آن واحد ويتصور ذلك فى حالة ما يكون الاب مثلا دائنا أو مدينا لابنه ثم مات هذا الأب ولا وارث له غير ابنه فان الابن يصير دائنا ومدينا ويسقط التعهد الذي كان عليه أوله . واذا حصل اتحاد الذمة فى شخص أحد المدينين المتضامنين لا ينقض التعهد بالنسبة للبقية الا بمقدار نصيب من اتحدت الذمة فى شخصه (مادتى ٢٠٢ و ٢٠٣) (وسيذكر اتحاد الذمة شرعا في كتاب الكفالة)

الابراء

الابراء نوعان : ابراء اسقاط وابراء استيفاء

فابراء الاسقاط هو أن يبرئ الدائن مدينه من كل الدين أو بعضه الثابت له في ذمته

وابراء الاستيفاء هو أن يقر باستيفاء دينه كله أو بعضه من مدينه وهذا النوع لا يسمي ابراء الا اذا كان الاقرار مجازا عن الاسقاط والا فهو اظهار لوفاء الدائن دينه من قبل

أقسامه

ينقسم الى ابراء خاص وابراء عام وكل منهما ينقسم الى متصل بصلح وغير متصل به فان كان الابراء خاصا بدين معين برىء منه المدين خاصة وان كان عاما بكل الديون والحقوق والدعاوى برىء من جميع ما كان سابقا منها عن الابراء سواء كان فى الحالتين متصلا بالصلح أم غير متصل به

ولا تتوقف صحة الابراء على قبول المدين بل يبرأ ولو سكت بدون قبول ولا ردّ ولكن اذا رده قبل القبول ارتدّ ويرجع عليه الدّين بالحالة التى كان متصفا بها من قبلُ من حلول أو تأجيل أو تسقيط ـ أما اذا رده بعد القبول فلا يرتد لأن الابراء اسقاط والساقط لا يعود

شروطه

يشترط لصحة الابراء أن يكون المبرىء بالغا عاقلا أهلا للتبرع راضيا بالابراء فلو اختل شرط من هذه الشروط لا يكون الابراء صحيحا ولا تبرأ ذمة المدين. هذا كله اذا كان المبرئ صحيحا فان كان مريضا مرض الموت اعتبر ابراؤه وصية وأخذ أحكامها السابقة

تعليقه على الشرط واقترانه به

الابراء وان كان اسقاطا للحق الا أن فيه معنى التمليك وما كان كذلك من العقود والتصرفات لا يصح تعليقه على الشرط سواء كان الشرط ملائما أم غير ملائم . ويترتب على ذلك أن الدائن لو علق ابراء مدينه عن بعض الدين على أداء البعض الآخر فلا يبرأ وان أداه (تأمل)

وأما اقترانه بالشرط فينظر فيه : فان كان الشرط صحيحا وهو ما كان ملائما للابراء صح ووجب العمل به وذلك كما اذا اشترط فى ابراء مدينه عن بعض الدين أن يؤدى المدين الباقى فى وقت معين وصرح بأنه ان لم يؤده في هذا الوقت يرجع الدين كما كان بتمامه صح ذلك كله فان أدى الدين فى الوقت المعين برئ وان لم يؤده لا يبرأ من شئ ويبقى عليه كل الدين ـ وان كان الشرط فاسدا بأن لم يعين وقت الأداء تعيينا تاما فى الصورة السابقة فان الشرط يلغو ويصح الابراء ويترتب على ذلك أنه اذا قبل المدين الابراء فى البعض بالشرط المذكور برئ منه سواء أدى الباقي أم لا . وبالأولى يلغو ويصح الابراء اذا كان الشرط باطلا

وكما يصح الابراء للمدين يصح للكفيل سواء كان واحدا أم متعددا وسواء كان المتعددون متضامنين أم لا وسيأتى الكلام على ذلك كله مفصلا فى الكلام على الكفالة

الابراء من الدين قانونا مبين بالمواد (من ١٨٠ الى ١٨٥) وشروط صحته كشروط صحة الابراء شرعا وأحكامه كلها خاصة بالدين المضمون سواء كانت البراءة للأصيل أم للمدين وستأتى مفصلة عقب كتاب الكفالة

تجديد الدين

تجديد الدين عبارة عن تراضى المتعاقدين على فسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين واستبداله بعقد آخر يترتب عليه الالتزام بالدين من جديد وبذلك يسقط الدين الأول ويتجدد بدله بالعقد الثانى وينبنى على ذلك أنه لو كان الدين الأول مشمولا بكفالة فانها تبطل بتجديده ويبرأ الكفيل ولا يطالب بما وجب بالعقد الجديد الا اذا كفل به ثانيا ولذلك يسقط حق الدائن فى حبس الرهن الذى كان بالدين القديم ما لم يجعل رهنا بالجديد أيضا وتجديد الدين يكون بتراضى المتعاقدين على ما ذكر وبتغيير السبب الأصلى بسبب آخر كأن يكون فى الأصل ثمن مبيع معين ثم يفسخ العقد ويجعل ثمن مبيع آخر أو أجرة شيء من أموال المدين أو نحو ذلك

تجديد الدين قانونا

هذا المبحث مبين فى القانون بالمواد (من ١٨٦ — ١٩١) تحت عنوان (الفصل الرابع — فى استبدال الدين بغيره) وهو موافق لنصوص الشريعة الغراء

فيما يختص بسقوط الدين الأول والكفالة والرهن به وغير ذلك من التأمينات

ويحصل استبدال الدين قانونا بما يأتى : (١) بالاتفاق على الاستبدال أو بتغيير السبب (٢) بتحويل المدين دائنه على شخص ملتزم بدفع الدين عنه . أو قبول شخص دفع الدين وبراءة المدين اذا رضى الدائن بذلك ولو لم يرض المدين (٣) اتفاق الدائن والمدين على دفع الدين لشخص آخر وارتضى الشخص المذكور ذلك وجاء بالمادة (١٩١) ان نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة (هى التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن) لا ينفذ على غير المتعاقدين الا اذا كان حاصلا مع الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية وليس فى ذلك كله ما يخالف أحكام الشريعة الغراء غير أن القيود التى فى نقل التأمينات الشخصية الى الدين الجديد غير ملحوظة عند الفقهاء

فسخ العقد المترتب عليه الالتزام

اذا انفسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين سقط الدين عن المدين . وانفساخه يكون : برد المعقود عليه بخيار رؤية أو عيب . أو بهلاكه في يد صاحبه . أو هلاك العين المنتفع بها في عقد الاجارة قبل استيفاء المنفعة كلها فان كان قد استوفى بعضها وجب عليه ما يقابل ما استوفاه من المنفعة وان كان قد دفع شيئا من الثمن أو الأجرة فى جميع الصور المتقدمة جاز له استرداده

فسخ العقد المترتب عليه الالتزام قانونا

هذا المبحث مبين بالمواد (١٧٧ و ١٧٨ و ١٧٩) تحت عنوان (فسخ العقود والتعهدات) وملخصها أن حقوق التعهدات تنفسخ اذا صار الوفاء بالتعهدات غير ممكن ومتى انفسخت تزول التعهدات واذا كان عدم امكان الوفاء ناشئا عن تقصير المدين بعد

طلب الوفاء منه رسميا ألزم بالتضمينات ويترتب على انفساخ العقود بما ذكر انفساخ كافة التعهدات المتعلقة به بدون اخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق

حكم مرور الزمان

حكم مرور الزمان على الدّين في الشريعة والقانون سبق بيانه في مبحث (عدم سماع الدعاوى بمرور الزمان)

كتاب العقود

(والتصرفات على العموم)

يشمل الكلام على العقود ما يأتي — تعريف العقد . وأركانه . وشرائطه . وأحكامه . وأنواعه . وما يصح اقترانه وتعليقه بالشرط وما لا يصح . وما يصح اضافته الى الزمن المستقبل وما لا يصح . وأنواع الخيارات وكل واحد من هذه الأقسام يشتمل على مباحث خاصة به سيأتي بيانها والغرض من هذا الكتاب التوطئة والتمهيد لذكر العقود المعينة حتى لا يفاجأ الفكر بما لم يكن معهودا لديه من قبل فينفر من تناوله ولا يمكن حمله على قبوله الا بشق الأنفس وقد أرشدنا الله الى سلوك سبيل التدرج في توجيه النفوس الى قبول الأحكام بما جاء في كثير من المواضيع التشريعية كتحريم الخمر والربا فان كلا منهما حرم

تدريجيا لتهيأ النفوس لقبول الأحكام النهائية بتحريم كل منهما بدون كبير عناء

تعريف العقد

العقد معناه لغة الربط ضد الحل ويطلق على العهد والميثاق وكل ما يفيد الالتزام بشيء عملا كان أو تركا. وهو اما أن يكون مشروعا أو غير مشروع. فان كان مشروعا وجب الوفاء به بذلك أمرَ الله ورسله وأولو الأمر فقد قال تعالى « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقال جل وعلا « وأوفوا بالعهد إنَّ العهدَ كانَ مسئولاً » وقال أيضا «وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمانَ بعد توكيدها وقد جعلتمُ اللهَ عليكم كفيلاً » وقال فى مقام التعليم والارشاد « الا الذينَ عاهدتم منَ المشركينَ ثمَّ لم ينقصوكمْ شيئاً ولم يظاهروا عليكمْ أحدا فأتموا اليهم عهدَهم الى مدتهم ان اللهَ يحبُّ المتقين »

وقال عليه الصلاة والسلام « لا أمانَ لمن لا أمانةَ له ولا دينَ لمنْ لا عهدَ له »

وجاء فى شرح القانون المدنى صفحة ١٢٥

التعهد أو الالتزام واجب يفرض على الانسان لغيره

والأصل فى الواجب أن يقوم به المرء لمن وجب له من تلقاء نفسه أى من دون أن يكرهه مكره على الوفاء به الا ما كان من وجدانه

والواجب بهذا المعنى من موضوعات علم الأخلاق

وما دام الوجدان نقياً والذمة طاهرة فالوفاء بالعهد مرعيٌّ الا أن مقتضيات المدنية نوعت فى الواجبات . الى أن قال — واضطر الوازع الى حماية الناس . فى

معاملاتهم حتى تستقيم أمور الجمعية البشرية ويأمن كل واحد جانب الآخر مطمئنا الى هذا الضمان القوى

ومعنى العقد شرعا ارتباط القبول بالايجاب ارتباطا يظهر أثره في المعقود عليه فالايجاب هو ما صدر أولا من كلام أحد المتعاقدين والقبول ما صدر ثانيا من كلام الآخر - ومعنى الايجاب الاثبات أى أن الأول يريد اثبات العقد بانضمام قول الثاني اليه - ومعنى القبول الرغبة والرضا بما قال الأول وبه يتم العقد - ومجموع الايجاب والقبول يسمى صيغة العقد

ومعنى ظهور أثر العقد فى المعقود عليه عقب ارتباط القبول بالايجاب أن المعقود عليه يخرج عن حالته الأولى الى حالة جديدة فان كان بيعا خرج المبيع من ملك البائع الى ملك المشترى وخرج الثمن من ملك المشترى الى ملك البائع وان كان اجارة ملك صاحب العين الأجرة في مقابلة المنفعة التى وجبت للمستأجر وهكذا

معنى العقد قانونا

العقد اتفاق شخص أو أكثر على التعهد بتحصيل منفعة شرعية للمتعهد له (شرح القانون صفحة ١٢٧) والتعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد عمل شيء معين أو بامتناعه عنه (مادة ٩٠) (وهو موافق للمعنى الشرعى)

أركان العقد

أركان كل عقد ما لا يتحقق الا بها فان لم يوجد ركن منها فلا عقد وكل عقد لا يتحقق الا بتوفر ثلاثة أشياء وهى

أولا ـ العاقدان حتى يوجد القبول والايجاب

ثانيا ـ محل يرد عليه العقد وهو المعقود عليه لأنه هو الملتزَمُ به ولا يوجد التزام بدونه

ثالثا ـ الصيغة الدالة على العقد لأنه لا يوجد المدلول الا اذا وجد ما يدل عليه

وقد اصطلح علماء الحنفية على جعل أركان كل عقد اثنان وهما الايجاب والقبول فقط لأن وجودهما يستلزم وجود غيرهما مما لا يتحقق العقد الا به

أركان العقد قانونا

أركان العقد أربعة (١) أهلية المتعهد (٢) رضا المتعهد (٣) محل يقوم عليه التعهد (٤) سبب شرعي للاتفاق

ومن العقود ما يحتاج الى ركن خامس حتى ينعقد وهما الهبة والرهن العقارى فانهما يجب فيهما أن تثبت هذه الأركان الأربعة في محرر رسمى (شرح القانون صفحة ١٧٧ – ١٧٨) وسيأتي تفصيل كل ركن من هذه الأركان قريبا (الشريعة الغراء تعتبر هذه الأركان ما عدا الثالث منها شروطا لا أركانا غير أن منها ما هو شرط انعقاد ومنها ما هو شرط صحة)

التصرف

التصرف أعم من العقد فهو يشمل العقد وغيره فيدخل فيه من التعهدات والالتزامات والاسقاطات ما ينفذ على الصادر منه بدون احتياج الى قبول أحد كالوقف والطلاق والابراء ورد المبيع بخيار شرط أو رؤية أو عيب أو ما أشبه ذلك

شرائط العقد

شرائط العقد على العموم أربعة وهى

أولا ـ أهلية العاقدين

ثانياً ـ كون محل العقد أى المعقود عليه قابلا لحكم العقد وأثره المترتب عليه

ثالثا ـ كون العقد مفيدا

رابعاً ـ كون فائدة العقد مقصودة شرعاً

فكل عقد توفرت فيه هذه الشروط صح والا فلا ولكل من هذه الشروط تفصيل وبيان يعلم مما يأتى

الكلام على شروط العقود

﴿ على العموم ﴾

(١) أهلية العاقدين

الأهلية وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلا لأن يكون له حقوق وعليه واجبات وهى قسمان . أهلية وجوب . وأهلية أداء .

فأهلية الوجوب يتصف بها كل انسان ولو جنيناً بشرط أن يولد حياً وأهلية الأداء لا يتصف بها الامن له حق التصرف وهذا القسم هو المقصود هنا فكل ما سيأتى من أقسام الأهلية وتصرفات المتصفين بها تامة أو ناقصة والمجردين عنها انما هو فى أهلية الأداء ـ وهذا المبحث من أهم مباحث قسم المعاملات لأنه الكفيل ببيان من تصح معاملاتهم

ومن لا تصح فعلى من يعنى بدراسة أحكام المعاملات أن يتوسع فى معرفته ولا يقتصر على ما سيذكر فى هذا المختصر - وليس على من يريد الاطلاع الا مراجعة جدول المراجع فى نهاية هذا الكتاب ليعرف ما يراجع فيه

وتختلف هذه الأهلية باختلاف العقود والتصرفات التى يباشرها الانسان وذلك أن من يكون أهلاً لمباشرة عقود المعاوضات قد لا يكون أهلاً لمباشرة عقود التبرعات ومن يكون أهلاً للأخذ والتملك قد لا يكون أهلاً للاعطاء والتمليك .

ويمكن تقسيم الناس بالنسبة لأهليتهم للعقود والتصرفات وعدمها الى ثلاثة أقسام :

الأول — تام الأهلية

الثانى — فاقد الأهلية

الثالث — ناقص الأهلية

وكل من هؤلاء اما أن يباشر العقود والتصرفات بنفسه لنفسه واما أن يباشرها لغيره

أهلية العاقد بنفسه لنفسه

العاقد بنفسه لنفسه اما أن يكون تام الأهلية أو فاقدها أو ناقصها فتام الأهلية هو الحر البالغ العاقل المطلق التصرف فى أمواله وحكم عقوده وتصرفاته أنها تكون صحيحة نافذة متى استوفت شرائطها مهما كان نوعها وجميع العقود والتصرفات التى من شأنها أن تضر بأصحابها كالهبة والوصية والصدقة والوقف والكفالة بالنسبة للكفيل والحوالة

بالنسبة للمحال عليه لا تصح الا من تام الأهلية الا الوصية بالنسبة للسفيه وسيأتى بيان ذلك فى تصرفات السفيه

وفاقد الأهلية نوعان : الأول الصبى غير المميز وهو من لم يبلغ سبع سنين من عمره سواء كان ابنا أم بنتا لانه فى هذه السن لا يعقل معنى العقد ولا يقصده عادة . الثانى المجنون وهو من زال عقله ولو كان بالغا وحكم عقود وتصرفات كل منهما أنها باطلة مهما كان نوعها . هذا اذا عقد المجنون أو تصرف حال جنونه فان كان يُجَنُّ تارة ويُفيق أخرى ينظر : فان كانت افاقته تامة ولها وقت معلوم صحت عقوده وتصرفاته فيها وان لم يكن لها وقت معلوم تكون موقوفة الى أن يعلم حاله فان كان تام الافاقة صحت والا بطلت . والذى يباشر لهما العقود والتصرفات ويدير شئونهما هو الولى أو الوصى الآتى بيان تصرف كل منهما

وناقص الأهلية : هو الصبى المميز والمعتوه . ومن يلحق بهما فى عدم اطلاق التصرف وهم : ذو الغفلة . والسفيه . والمدين . فانه كما يصح الحجر على الأولين يصح الحجر على هؤلاء ولكن الفريق الأول متفق على الحجر عليه والفريق الثانى مختلف فى صحة الحجر عليه وسيأتى بيان ذلك

معنى الحجر

الحجر معناه لغة مطلق المنع . ومعناه شرعا منع شخص مخصوص من تصرفه القولىّ لأن التصرفات القولية هى التى يمكن رفعها بابطالها بعد حصولها وأما التصرفات الفعلية فلا يتصور الحجر عليه فيها لأنها لا ترتفع بعد وقوعها

وسبب الحجر على الصبي والمعتوه وذى الغفلة والسفيه مراعاة مصلحة كل منهم بالمحافظة على أمواله والنظر في شئونه بما يعود عليه بالفائدة وسعادة الحال والمآل وسبب الحجر على المدين مراعاة مصلحة غيره وهم الدائنون واذا تصرف واحد من المحجور عليهم في شيء من أمواله فحكم تصرفه يختلف باختلاف المتصرف وباختلاف العقد أو التصرف الذي باشره واليك بيان حكم عقود وتصرفات كل واحد منهم باختصار

عقود وتصرفات الصبي المميز

الصبي المميز هو من تجاوز سبع سنين الى حين البلوغ وكان يعرف معنى العقد ويقصده ويميز بين الغبن اليسير والفاحش ويعلم أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بعكس ذلك . فان كان في هذه السن ولكنه لا يعرف ذلك كان عديم الأهلية فلا يصح تصرفه أصلا

وحكم عقود تصرفات الصبي المميز يختلف باختلاف حالته وباختلاف هذه العقود والتصرفات وذلك أنه اما أن يكون محجورا عليه واما أن يكون مأذونا له بالتجارة وعلى كل فاما أن يكون ما باشره من العقود والتصرفات نافعا له نفعا محضا أو ضارا به ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر

وان كان ما باشره نافعا له نفعا محضا كقبوله الهبة والوصية والانتفاع بالعارية صح سواء كان محجورا عليه أم مأذونا له بالاتجار وسواء أجازها وليه أو وصيه أم لا لأن الولاية والوصاية لمنفعة الصغير ولا منفعة له في إبطال تلك العقود والتصرفات بل فيه ضرر عليه

وان كان ضارا به ضررا محضا كأن يهب أو يوصى بشىء من ماله لغيره وأن يقبل الحوالة والكفالة عن غيره وكطلاقه وابرائه وقرضه واعارته ونحو ذلك بطل سواء كان مأذونا له بالتجارة أم محجورا عليه ولو أجازه وليه أو وصيه

وان كانت دائرة بين النفع والضرر كعقود المعاوضات وهي البيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والشركة والصلح على مال بمال والزواج ينظر : فان كان محجورا عليه كانت هذه العقود كلها موقوفة[1] على اجازة وليه أو وصيه فان أجازها نفذت والا بطلت لان عقل الصبى ناقص فجعل الرأي النهائى لمن ينظر فى مصالحه حفظا لماله من الضياع .

ويشترط فى الاجازة[2] أن تكون معتبرة شرعا بأن يكون التصرف خاليا من الغبن الفاحش . وأن يكون كل من المتعاقدين موجودا وأهلا للتصرف . وأن يكون المبيع قائما وكذلك الثمن ان كان معينا وقت العقد .

واذا بقيت هذه العقود بلا اجازة ولا فسخ الى حين البلوغ بأن لم يكن للصبى ولى ولا وصى أو له وأهمل كان له أن يجيزها أو يبطلها بعده ان كانت مما تصح اجازته

(١) العقود الموقوفة هى التى لا يعلم ان كانت نافذة أو باطلة الا ممن له الرأى النهائى فيها وهو المالك أو الولى أو الوصى

(٢) الاجازة هي الرخصة فى الفعل بعد حصوله

وان كان الصبي مأذونا له بالتجارة جاز له أن يباشر بنفسه ما من شأنه أن يباشره التجار أو يوكل عنه غيره في مباشرته وبهذا الاذن[١] تقع عقوده وتصرفاته التجارية نافذة باتفاق ان كانت بمثل القيمة أو بالغبن اليسير فان كانت بغبن فاحش فقال الامام تنفذ أيضا لأن الاذن يرفع الحجر عن جميع التصرفات التجارية وقال الصاحبان تبطل لأن هذا الغبن يعتبر تبرعا وهو ليس من أهل التبرعات وهذا هو الأوفق

وعلى ذلك تنفذ تصرفاته بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والرهن والارتهان والمحاباة بما لم يصل الى حد الغبن الفاحش على رأى الصاحبين والحط من الثمن بسبب ظهور عيب قديم في المبيع يقتضى رده بقدر ما يحط التجار وتأجيل الثمن الى أجل متعارف والاقرار بديون التجارة فان كان بغيرها فقال الامام لا يصح وقال الصاحبان يصح والأول أوفق . واسقاط شيء من دين له على غيره ان كان لا يمكنه اثباته بحال من الأحوال والا فلا يصح

ولا ينفذ من تصرفاته وعقوده ما كان غير متعلق بالتجارة

عقود وتصرفات المعتوه

العته نقصان في العقل من غير جنون . والمعتوه من كان بطيء الفهم مختلط الكلام سيئ التدبير ولو كان كبيرا . وحكم تصرفاته كحكم تصرفات الصبي المميز ان عرف ماعرفه فان لم يعرفه التحق بعديم الأهلية

عقود وتصرفات ذي الغفلة

ذو الغفلة هو الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن في

---

١) الاذن هو الرخصة في الفعل قبل حصوله

المعاملات لسلامة نيته فهو ليس بمتلف أمواله ولا بقاصد تبديدها فى غير ما يقتضيه الشرع أو العقل كالسفيه . وحكم عقوده وتصرفاته مختلف فيه بين الامام وصاحبيه فالامام أبو حنيفة يرى نفاذ جميع عقود وتصرفات ذى الغفلة مهما كان نوعها لأنه لا يرى الحجر عليه وأما الصاحبان فيقولان بالحجر عليه وعلى قولهما تنفذ تصرفاته النافعة فقط وتبطل الضارة به وتتوقف على الاجازة تصرفاته وعقوده الدائرة بين النفع والضرر والذى يباشر عنه العقود والتصرفات هو القاضى أو نائبه لانه لا ولاية لغيرهما على أمواله

عقود وتصرفات السفيه

السفه لغة الطيش وخفة العقل وشرعا اضاعة المال وتبديده فى غير ما يقتضيه الشرع أو العقل . والسفيه هو من يصرف أمواله فيما لا مصلحة له فيه ولا غرض صحيح ولو كان فى سبل الخير كبناء المساجد والملاجئ والمستشفيات ـ وأصل المسامحات فى التصرفات والبرّ والاحسانُ مشروع فى جميع الأديان الا أن الاسراف فى كل شىء حرام حتى فى مياه البحر والدليل على حرمته قوله تعالى « ولا تُبذّرْ تبذيرًا انّ المبذّرينَ كانُوا اخوانَ الشياطين » وقوله جلّ شأنه « ولا تجعلْ يدَكَ مَغلولةً الى عُنقكَ ولا تبسطْها كلَّ البسطِ فتقعدَ مَلوماً محسوراً »

وحكم عقود وتصرفات السفيه تختلف باختلاف جواز الحجر عليه وعدم جوازه وباختلاف هذه العقود والتصرفات ـ وذلك أن الصاحبين والأئمة الثلاثة يقولون بصحة الحجر عليه والامام أبا حنيفة يقول بعدم صحة الحجر عليه

واستدل من أجاز الحجر بأدلة نقلية وعقلية فالنقلية قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاءَ أموالكمُ التى جعل الله لكم قياماً » أى لا تمكنوهم من الأموال التى لهم تحت يدكم بصفتكم أولياء أمورهم وهذا هو الحجر بعينه وقوله تعالى « فان كان الذى عليه الحقُّ سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمللْ وَليُّه بالعدلِ » فان هذه الآية تدل على أن للسفيه ولياً والولى لا يكون الا لمحجور عليه . والعقلية هى أن الصبي المميز انما حجر عليه لتوهم اضاعته لأموالِه وهو متفق على جواز الحجر عليه فالسفيه المتحقق فيه اضاعته لأموالِه بالصفة التى سبقت أولى بالحجر عليه حرصا على ماله حتى لا يصبح عالة يتكفف الناس ويمتص من دمائهم بعد أن كان من ذوى اليسار والغنى . وحتى لا يكون قدوة سيئة للمجتمع الانسانى فى أخذه وعطائه

واستدل الامام أبو حنيفة بان الحجر على السفيه يوجب اهدار آدميته ويلحقه بالبهائم فيتضرر بذلك أشد من تضرره بضياع ماله والقاعدة أنه اذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف منهما . والآيتان السابقتان لا يصلحان دليلا على الحجر عليه لأنه قد يكون المراد بالسفيه فى الآيتين الصغير والمجنون كما يؤخذ من معنى السفه اللغوى وهو الخفة وطيش العقل وذلك كما يكون بنقصانه كالصبى المميز والمعتوه يكون بانعدامه كالمجنون والصبي الذى لا يعقل ومن المقرر شرعا أن الدليل اذا تطرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال

ورأى الصاحبين والأئمة الثلاثة هو المفتى به

ابتداء الحجر على السفيه وانتهاؤه

بعد ان اتفق الصاحبان على جواز الحجر على السفيه اختلفا فى ابتداء الحجر وانتهائه فقال محمد يبتدىء الحجر عليه من وقت ظهور السفه ويفكّ الحجر عنه وقت ظهور الرشد وقال أبو يوسف يبتدىء من وقت حكم القاضى بالسفه وينتهى بالحكم بالرشد ويترتب على رأى محمد أن عقوده وتصرفاته التى يباشرها فى المدة التى بين ظهور السفه والحكم به تأخذ الأحكام التى لعقود وتصرفات المحجور عليه الآتية. وعلى رأى أبى يوسف تأخذ الأحكام التى لعقود وتصرفات تام الأهلية وأن عقوده وتصرفاته التى يباشرها في المدة التى بين ظهور الرشد والحكم بالرشد على رأى محمد تأخذ أحكام عقود وتصرفات تام الأهلية وعلى رأى أبى يوسف تأخذ أحكام عقود وتصرفات المحجور عليه

واستدل محمد على رأيه بأن السفه هو سبب الحجر فيتبعه وجودا وعدما وبأن السفيه اذا علم بطلب الحجر عليه ربما بدد أمواله وأضاعها انتقاما من طالب الحجر عليه قبل الحكم به فتفوت حكمة الحجر

واستدل أبو يوسف على رأيه بأن في ابطال تصرفات السفيه التى صدرت منه قبل الحكم بالسفه ضررا كبيرا بالمعاملات وفسادا عظيما فى نظام الهيئة الاجتماعية لأن المتعاقدين معه قبل الحجر عليه قد عاملوه بسلامة نية وحسن قصد فابطال تصرفاتهم بعد حصولها بهذه الصفة وتصرفهم فيما أخذوه خطر كبير على التجارة ـ وكلا الرأيين ظاهر الحكمة فيرجح القاضى ما يرى فيه المصلحة

حكم عقود وتصرفات السفيه بعد الحجر عليه

عقود وتصرفات السفيه المحجور عليه يختلف حكمها باختلاف نوعها وذلك أن العقود والتصرفات منها ما يحتمل الفسخ ويبطله الهزل ومنها ما ليس كذلك

ومعنى كونها تحتمل الفسخ أنه يمكن فسخها برضا العاقدين بعد تمامها ان كانت من العقود اللازمة ويستقل كل منهما بفسخها بدون رضا الآخر ان كانت غير لازمة من جهته وسيأتى بيان كل منها قريبا ـ ومعنى الهزل لغة اللعب . واصطلاحا أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعارة . والهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه ولكن لايختار ثبوت الحكم ولا يرضاه . ويشترط لتحقق الهزل واعتباره فى التصرفات أن يكون صريحا باللسان كأن يقول انى أعقد هذا العقد هازلا فلا يكتفى فيه بدلالة الحال . الا أنه لا يشترط ذكر الهزل فى العقد فيكفى أن تكون المواضعة سابقة على العقد فان تواضع المتعاقدان على الهزل أى توافقا على أن يتكلما بلفظ العقد عند الناس ولا يريدانه واتفقا على أنهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه فالعقد باطل على أصح الأقوال لعدم القصد فصار كعقد الصبى الذى لا يعقل والمجنون فلا يملك بالقبض ولا يترتب عليه حكم أصلا

ومثال ما يحتمل الفسخ ويبطله الهزل : البيع . والاجارة . والمزارعة والمساقاة . والصلح عن مال بمال . والهبة . والوصية . والشركة . والقرض والكفالة . والحوالة . والرهن . ومثال مالا يحتمل الفسخ ولا يبطله الهزل:

الزواج . والطلاق . والعتاق . والصلح عن القصاص في القتل العمد على مال .

وحكم تصرفات السفيه في النوع الأول أنها كتصرفات الصبي المميز المحجور عليه أي أنها تقع باطلة اذا كانت ضارة به ضررا محضا ويستثنى من ذلك صحة وصاياه بكل ماله في سبل الخير ان لم يكن له وارث أو كان له وارث وأجازها فان لم يجزها صحت في الثلث وبطلت فيما زاد عليه وكان القياس عدم جواز وصيته مطلقا لأنها من باب التبرعات وهو ليس من أهلها وانما جازت استحسانا لأن الغرض من الحجر عليه حفظ ماله حال حياته حتى لا يكون عالة على غيره والوصية لاتنفذ الا بعد الموت فجازت استحسانا لما يترتب على تنفيذها من الثواب الدائم له مع عدم فوات حكمة الحجر عليه . وسبل الخير كل ما يوصل الى رضا الله كالوصية للمساكين أو بناء المساجد أو المدارس أو الملاجىء أو المستشفيات أو القناطر أو الجسور وأما اذا أوصى لغير البر والخيرات فلا تنفذ وصيته . وتقع تصرفاته نافذة ان كانت نافعة له نفعا محضا ولو لم يجزها وليه — وتقع موقوفة على الاجازة ان كانت دائرة بين النفع والضرر .

ولكن السفيه يخالف الصبي المميز في أشياء منها وجوب النفقة من ماله على من تلزمه نفقتهم من الزوجة والأقارب لأن النفقة من الحقوق الثابتة والسفه لا يبطلها . ومنها أنه يجب عليه أداء جميع العبادات كالصلاة والزكاة والصوم وصدقة الفطر التي مقدارها نصف صاع من غالب طعامه ويدفعها هي والزكاة اليه القاضي ليفرقها هو لأنها من

العبادات المحتاجة الى النية ممن وجبت عليه ولكن يرسل معه أمينا حتى لا يصرفها فى غير مصرفها. وصدقة الفطر واجبة على الصغير أيضا ولكن المكلف باخراجها عنه وليه أو وصيه والسفيه هو المكلف باخراجها بنفسه ومن هذا الوجه خالف الصغير

ومنها صحة اقراره بالعقوبات فيؤاخذ عليه وأما اقراره بالأموال فلا ينفذ عليه لا وقت الحجر ولا بعده ولا فى الأموال الحالية ولا الحادثة . ومنها زوال ولاية أبيه وجده فلا يملك أحد منهما التصرف فى ماله اذ الذى له الولاية على أموال السفيه هو القاضى أو نائبه فقط.

وحكم تصرفاته فى النوع الثانى وهو الذى لا يحتمل الفسخ ولا يبطله الهزل أنه ينفذ عليه سواء كان نافعا له نفعا محضا أم ضارا به ضررا محضا أم دائرا بين النفع والضرر . ومن ذلك يعلم أنه لا يحجر على السفيه باتفاق فى هذه العقود والتصرفات كما لا يحجر عليه فيما ذكر من التصرفات التى يخالف فيها الصبى المميز

والذى له حق طلب الحجر على السفيه هو كل من يهمه أمره أو من يعود عليه ضرر من افلاسه وهم أقاربه بترتيب درجات الارث . أو الدائنين له

عقود وتصرفات المدين

كما أن الامام أبا حنيفة لا يرى الحجر على ذى الغفلة والسفيه لا يرى أيضا الحجر على المدين بل يقول ان القاضى يحبسه حتى يؤدى دينه بأى وسيلة كانت والصاحبان يقولان بصحة الحجر عليه كما قالا بصحته

على المذكورين وعليه الفتوى وحكم عقوده وتصرفاته بعد الحجر عليه أنها اذا كانت فى الأموال المحجور عليها لأداء الدين من ثمنها تكون موقوفة على اجازة الدائنين فان أجازوها نفذت وان لم يجيزوها بطلت .

والذى له حق الحجر على المدين هم الدائنون فمتى طلبوه أجيبوا اليه ويتبع فى بيع أمواله لأداء الديون ما ذكر فى مبحث نزع الملك جبرا عن صاحبه .

أهلية العاقدين قانونا

تكفلت المواد (من ١٢٨ — ١٣٦) من القانون المدنى ببيان أهلية العاقدين وعوارض الأهلية فالمادة (١٢٨) توجب اتصاف المتعهد بتمام الأهلية والرضا ليكون عقده صحيحا وقد بنى على هذه المادة المبادىء القانونية الآتية (١) بناء على تحديد سن الثامنة عشرة لبلوغ الرشد بالأمر العالى الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ لا يمكن لأى سبب كان أن يخرج قاصر من الوصاية قبل بلوغ هذا السن (المجموعة الرسمية سنة ٤ صفحة ١٦٣) (٢) الأصل فى الشخص البالغ من العمر ثمانى عشرة سنة الرشد وفقد الأهلية عارض عليه ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيدا صحيحة نافذة الا اذا أثبت مدعى الخلاف طرق فقد الاهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (الحقوق سنة ٦ صفحة ١٩١) (٣) الأصل فى الانسان الرشد ولا حاجة لتأييده بحكم شرعى فعلى من يدعى عدم الرشد اثبات دعواه (الحقوق سنة ٧ صفحة ٢٢٥) (٤) اذا وضع مشتر عقارا من عديم الأهلية يده عليه مدة خمس سنوات فلا يزيل هذا الوضع بطلان البيع الناتج من عدم أهلية البائع (المجموعة الرسمية سنة ٤ صفحة ١٧١) .

والمادة (١٢٩) تفيد تقسيم الأهلية الى مطلقة تشمل جميع الأفعال ومقيدة ببعضها والمادة (١٣٠) نصت على أن (الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون

على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد) والمادة(١٣١) نصت على أن (مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر ومن استحصل على بطلان المشارطة لعدم الأهلية لا يكون ملزما الا برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ المشارطة من المتعاقد معه ذى الأهلية)

وينبني على هذه المواد المبادىء القانونية الآتية (١) محظور على المحاكم الأهلية النظر فى قضايا أهلية التصرف وعدمها لأن نظرها مختص بالمحاكم الشرعية وحينئذ تكون المحاكم الأهلية ملزمة باتباع الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية مالم يطعن فيها امام جهة الاختصاص (الحقوق سنة ٥ صفحة ٣٥٤) (٢) لا يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة الا بواسطة وليه أو وصيه واذا كان الوصى هو البائع لزم أن يعين قاضى الأحوال الشخصية وصيا آخر يطلبها له (المجموعة الرسمية سنة ٨ صفحة ٣١) (٣) الدّين ليس بسبب للحجر الا اذا كان لأجل التبذير . والتبذير هو انفاق المال لغير غرض أو لغرض لا يعده العقلاء غرضا (الحقوق سنة ١٣ صفحة ٢١٣) (٤) ان كبر السن وثقل السمع وضعف البنية الناتج عن الشيخوخة ليست من الأمور التى توجب الحجر الا اذا نتج عنها اختلال القوى العقلية بحيث صار صاحبها فى حالة العته (الحقوق سنة ١٨ صفحة ١٨٩) (٥) الشخص الذى يبلغ سن الرشد يجب أن يسلم ماله اليه ولا يجوز القضاء باستمرار الوصاية الا اذا بلغ القاصر غير رشيد وظهر من أعماله مايدل على ذلك (الاستقلال سنة٣صفحة ٢٢١)

والمادة (١٣٢) نصت على أنه (لا يجوز لذى الأهليه من المتعاقدين أن يتمسك بعدم أهلية من تعاقد معه بقصد ابطال المشارطة)

قال شارح القانون فى صفحة ٢٦ وما يليها ما محصله — الأهلية نوعان أهلية وجوب . وأهلية أداء . فالأولى كون الانسان محلا لأن يكون له حق أو عليه حق وهى محددة . والثانية هى كون الانسان متصرفا فى حقوقه وهي مطلقة ، ووجود هذه يقتضي وجود الأولى ولا عكس

والأهلية بقسميها مما يتعلق بالنظام العام فالأحكام الخاصة بها محتمة لا مندوحة من اتباعها ولا يجوز التنازل عنها أو عن جزء منها

وأهلية الوجوب يتصف بها كل انسان حتى الجنين بشرط أن يولد حيا . لكن قد يحرم الشخص منها فى بعض الحقوق ولا يكون ذلك الا بنص صريح فى القانون كما لا يكون غالبا الا مؤقتا . وذلك كعدم أهلية القاصر والمجنون والسفيه المحجور عليه للايهاب . وعدم أهلية الشخص لأن يكون ناخبا أو منتخبا للحكم عليه بما يقتضى ذلك . وعدم الأهلية لتعاطى بعض الحرف كالطب والصيدلة ثم ان كان السبب فى عدم الأهلية طبيعيا كان الشخص عديم الأهلية بالمرة . وان كان بنص القانون كان الشخص ناقص الأهلية فيكون غير أهل لبعض العقود والتصرفات فقط . وحقوق الانسان من حيث أهلية الأداء نوعان : مادية . ومعنوية. فالمادية ماتتعلق بالأموال كحق الملك والبيع ونحو ذلك . والمعنوية ماتتعلق بمال ولا يمكن تقويمها بمال .ويدخل فيها :

(١) الحقوق السياسية كأن يكون الرجل ناخبا أو منتخبا

(٢) الاحتراف مطلقا بصناعة من الصناعات كالطب والهندسة والمحاماة

(٣) الحقوق الذاتية وهى التى لا تجوز فيها الانابة كالزواج والتبنى

وشروط أهلية الأداء لهذه الحقوق مبينة فى القوانين الخاصة بكل نوع منها وفى كتب الشريعة الغراء وليس الكلام فيها مما هو مقصود هنا بل المقصود هنا التكلم على الأهلية المادية

ثم حصر شارح القانون موانع الأهلية فى خمسة أنواع وهى: الصغر — والسفه والعته — والجنون — والأحكام الجنائية — وعرّف الأربعة الأولى بما لا يخالف ما ذكر فى الشريعة الغراء وأما الأحكام الجنائية فهى تستلزم حرمان المحكوم عليه من الحقوق والتصرفات مدة اعتقاله (مادة ٢٥ عقوبات)

اهلية العاقد لغيره

العاقد لغيره اما أن يكون وليا أو وصيا أو وكيلا أو فضوليا

فالولى هو الذى أقامه الشرع للنظر فى شئون الصغار وهو ثلاثة أشخاص : الأب . والجد الصحيح وهو أب الأب . والقاضى

والوصى هو الذى أقامه أحد الأولياء للنظر فى شئون الصغار

والوكيل هو من أقامه الشخص مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه . والفضولى من يتصرف فى ملك غيره بغير اذن شرعى

وكلٌّ ممن ذكروا لا يكون أهلا للتصرف فى أموال الصغار ومن يلحق بهم الا اذا كان أهلا للتصرف بنفسه لنفسه بما يتصرف به فى أموال الصغار وقد سبق بيان أهلية العاقد لنفسه ويزاد على ذلك قيود تجب مراعاتها فى تصرفات من يباشر العقود لغيره واليك ملخصها لأن التفصيل فيها من مواضيع قسم الأحوال الشخصية

تصرفات الأولياء والأوصياء

الولاية على أموال الصغار تثبت للأولياء والأوصياء على هذا الترتيب : الأب . ثم وصيه وان تعدد . ثم الجد . ثم وصيه وان تعدد . ثم القاضى . ثم وصيه ـ ويسمى كل من وصىّ الأب ووصى الجد وصيا مختارا لاختيار الأب أو الجد له قبل وفاته

تصرفات الأب

تختلف تصرفات الأب باختلاف حاله . وذلك أن الأب اما أن

يكون مشهورا بحسن التصرف أو مستور الحال . واما أن يكون مشهورا بسوء التصرف

فان كان مشهورا بحسن التصرف أو مستور الحال نفذت جميع تصرفاته فى أموال أولاده الذين هم تحت ولايته بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والرهن والارتهان وغير ذلك من التصرفات التى تكون نافعة للصغار أو دائرة بين النفع والضرر بمثل القيمة وبالغبن اليسير لا بالغبن الفاحش

ولا فرق فى ذلك كله بين أن يكون المال المتصرف فيه عقارا أو منقولا كما لا فرق بين أن يكون التصرف لأجنبى عن الأب أو يكون التصرف له أو لأصوله وفروعه فانه يجوز للأب أن يبيع من ماله لولده الصغير وأن يشترى لنفسه من مال ولده المذكور بمثل القيمة وبالغبن اليسير ومثل البيع غيره من التصرفات ولكن فى حالة الشراء يسلم الثمن الى من يعينه القاضى لاستلامه ثم يأخذه ثانيا حتى لا يكون مطالِباً ومطالَباً فى آن واحد وبالأولى يجوز له أن يبيع من مال ولده الصغير لمن لا تقبل شهادتهم له ويشترى لولده الصغير من أموالهم — وانما جاز للأب أن يتصرف فى مال أولاده لغيره ولنفسه بمثل القيمة وبالغبن اليسير لانتفاء التهمة اذ الأب أكثر الناس شفقة على أولاده وأشدهم اهتماما بانماء ثروتهم — ولا يعترض على تصرف الأب لنفسه فى أموال أولاده الصغار بعدم تعدّد العاقد والتعدّدُ ركن من أركان العقود التى لا يتحقق الا بها لأن هذا مستثنى مما ذكر فقد استثنى الفقهاء من تعدد العاقد ما اذا كان العاقد وليا أو وصيا يتصرف لنفسه

فى أموال الصغار أو لهـم فى أمواله لأن عبارته تقوم مقام الايجاب والقبول اذ هو بصفته مالكا مثلا يعتبر موجبا وبصفته وليا يعتبر قابلا أو بالعكس

وان كان الأب مشهورا بسوء التصرف بحيث لا يصل به ذلك الى حد السفه يشترط فى صحة تصرفه فى مال ولده الصغير أن يكون فى التصرف خير للصغير سواء كان يتصرف لنفسه أم لمن لا تقبل شهادتهم له أم للأجانب عنه وسواء كان ما يتصرف فيه عقارا أم منقولا . وفسر بعضهم الخيرة فى العقار بأنها البيع بضعف القيمة والشراء بنصفها وفى المنقول بزيادة الثلث عن القيمة فى البيع ونقصه فى الشراء وفسرها بعضهم بأنها كل ما كان فيه خير للصغير قل أو كثر وهو الظاهر أما اذا وصل سوء تدبير الأب الى حد السفه فلا ولاية له على مال أولاده الصغار لأنه لا ولاية له على مال نفسه حينئذ فلا تكون له الولاية على مال غيره من باب أولى لأن الولاية المتعدية فرع من الولاية القاصرة

تصرفات وصى الأب

لما كان اليتيم الذى لا حول له ولا قوة لا يستطيع كف العدوان عن أمواله جعل الله عليها سياجا من وعيده يحول بينها وبين ذوى المطامع الدنيئة فقد قال تعالى « إنَّ الذين يأكلون أموالَ اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلونَ سعيرا » والآيات فى ذلك كثيرة فعلى من يتولى شئون الأيتام أن يراقب الله فى تصرفاته المالية لهم

ويتحقق أنه كما يدين يدان قال الله تعالى « وَلْيَخْشَ الذين لو تركوا من خلفهم ذُرّيةً ضعافا خافوا عليهم فليتّقوا الله وليقولوا قولا سديدا»

وأموال الأيتام بالنسبة لتصرفات الوصى على قسمين : قسم يصح التصرف فيه ولو بغبن يسير وهو المنقولات . وقسم لا يصح التصرف فيه الا بمسوغ شرعى وهو العقارات . وهذا المسوغ ينحصر فى شيئين : الأول الشفقة على الصغير بأن يكون البيع خيرا له ليتمكن الوصى من شراء عقار بثمنه أحسن صقعا وأغزر ريعا . أو كان العقار منزلا آيلا الى السقوط وليس عنده ما يجدده به أو كان خراجه ومؤنته أكثر من محصوله ويمكن بيعه ليستبدل بما هو أحسن منه . الثانى أن يضطر الى بيعه كأن تكون التركة مدينة دينا مستغرقا لها أو غير مستغرق ولكن ليس عنده من النقود والمنقول ما يفى بالدين أو يكون المورث أوصى بنقود مرسلة أى غير مقيدة بجزء مخصوص من التركة ولا يمكن تنفيذها الا ببيع العقار أو يخشى على العقار من اغتصاب قادر لا يمكن استرداده منه أو يكون الصغير محتاجا الى النفقة فاذا وجد شىء من ذلك كان له أن يبيع العقار بمثل القيمة وبالغبن اليسير وان لم يوجد فلا يصح وانما جاز بيع المنقولات دون العقارات لأنها مما يتسارع اليه الفساد وحفظ الثمن للصغير أفيد بخلاف العقار فانه لا يتغير عادة وقد يلحق بالعقار من المنقولات ما كان فى بقائه فائدة للصغير . هذا كله اذا كان البيع لأجنبى . أما اذا باع لنفسه أو لمن لا تقبل شهادتهم له شيئاً من مال الصغير فلا يصح الا بشرط الخيرية السابق بيانها حتى تنتفى التهمة . ومثل وصى الأب في جميع ما ذكر وصي وصيه وهكذا

تصرفات الجد

تصرفات الجد كتصرفات الأَب في جميع ما ذكر وهو على رأى الامام وأبى يوسف متأخر عن وصى الأَب فى الولاية على مال الصغير ولذلك قالا انه لا يجوز له كل ما يجوز للوصي من التصرفات فان هذا يجوز له بيع شيء من التركة لأَداء ديون الميت وتنفيذ وصاياه المرسلة وليس للجد هذا الحق . واذا وجد من يستحق وصية أَو دينا في مدة ولاية الجد يجب على الموصى له والدائن أَن يرفع أَمره الى القاضى ليأذن الجد بالبيع بمقدار ما يفى بالدين وتنفيذ الوصية ، وقال محمد والامام الشافعى ان الجد مقدم فى التصرفات على وصى الأَب لانه أوفر شفقة

تصرفات وصى الجد

تصرفات وصى الجد كتصرفات وصى الأب الا انه لا يبيع من التركة لأَداء دين الميت أَو تنفيذ وصيته لأَن الجدّ الذى أَقامه لا يملك ذلك فوصيه من باب أَولى

تصرفات القاضى ووصيه

يجوز للقاضى أو وصيه أن يتصرف في منقولات اليتيم بشرطين : الأول أَن يكون فى التصرف خير لليتيم وقد سبق بيان الخيرية . الثانى أن يكون التصرف لأجنبى عنه فلو كان التصرف لنفسه أَو لمن لا تقبل شهادتهم له لا يجوز سواء كان التصرف بالبيع أم بغيره لان أفعال القاضى أحكام وحكمه لنفسه أو لمن لا تقبل شهادتهم له لا يجوز ووصي القاضي وكيل عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل

ابتداء الولاية على الأموال

تبتدئ ولاية الأب على أولاده الصغار من وقت ولادتهم وعلى أموالهم من وقت تملكهم له - وعلى من يلحق بالصغار من المعاتيه والمجانين من وقت ظهور العته والجنون

وتبتدئ ولاية الجد على من ذكروا بعد موت الأب من غير أن يقيم وصيا قبل موته

وتبتدئ ولاية وصى الأب أو وصى الجد بموت كل من الأب أو الجد بعد الايصاء .

وتبتدئ ولاية القاضى من وقت علمه بوفاة من يتولى شئون من لا يقدرون على حماية أموالهم من الصغار والملحقين بهم ولم يقم نائبا عنه

وتبتدئ ولاية وصى القاضى باقامته وصيا من قبل القاضى .

وتبتدئ ولاية القاضى أو نائبه على السفيه من وقت ظهور السفه على رأى محمد ومن وقت الحكم بالسفه على رأى أبى يوسف وقد سبق بيان ذلك . وعلى ذى الغفلة من وقت ظهور غفلته . وتبتدئ ولاية الدائنين على أموال المدين من وقت الحكم بمنع المدين عن التصرف فى أمواله حتى يؤدى الدين

من له حق الاذن بالاتجار

الذى له حق الاذن بالتجارة للصبى المميز والمعتوه هو الولى أو الوصى لأنهما يملكان التصرف فى أموالهما فيملكان الاذن لهما - وهذا الاذن لا يمنع الآذن من التصرف فى الأموال التى أذن بالاتجار فيها

لأن ولايته لم تنقطع عنها بالاذن . وغير الأولياء الثلاثة (الأب والجد والقاضى) والأوصياء الثلاثة (وصى الأب ووصى الجد ووصى القاضى) لا يملكون الاذن بالتجارة لأن الولاية على المال لم تثبت لغيرهم

واذا امتنع من له حق الاذن عن التصريح بالتجارة لأحد من ذكروا تعنتا فلمن يليه الحق فى الاذن له

ما يبطل به الاذن بالتجارة

يبطل الاذن بموت الآذن أو عزله اذا كان غير القاضى أما هو فلا يبطل الاذن بموته ولا بعزله لأن اذنه بمنزلة الحكم والأحكام لا تبطل بموت الحاكم ولا بعزله . وكذلك يبطل الاذن بمنع الآذن المأذون من مباشرة التجارة ما دامت ولايته باقية وقت المنع . ومتى بطل الاذن بأحد الأسباب السابقة صار كل من الصبى والمعتوه محجورا عليه

انتهاء الولاية والوصاية

تنتهى الولاية والوصاية على الصغير انتهاء تاما ببلوغه رشيدا سواء كان البلوغ بالسن وهو خمس عشر سنة أم بالحُلُم ولو لم يبلغ هذه السن . والرشيد هو من يحسن التصرف فى أمواله والدليل على انتهاء الولاية والوصاية بما ذكر قوله تعالى (وابتَلوا اليتَامَى حَتَّى إذَا بلغُوا النِّكاحَ فانْ آنسْتمْ منهُم رُشْداً فادْفعُوا اليهمْ أَموالَهم) . أما اذا بلغ غير رشيد فقال الامام أبو حنيفة يستمر الحجر عليه الى أن يبلغ عمره خمسا وعشرين سنة ثم يسلم اليه ماله الا اذا وصل به عدم الرشد الى درجة الجنون فيبقى الحجر عليه باتفاق . وقال الصاحبان يستمر الحجر عليه الى أن يظهر

رشده مهما طال الزمان وهو الظاهر المفتى به . ودليل كل مبسوط فى شرح الأحوال الشخصية . والصغيرة فى جميع ما ذكر كالصغير - وتنتهى الولاية على المعتوه والمجنون وذى الغفلة بزوال العته والجنون والغفلة وعلى السفيه بظهور الرشد أو بالحكم بالرشد كما سبق . وعلى المدين بقضاء الدين . وتنتهى مؤقتا بأشياء أخرى مذكورة فى مبحث (مايبطل به الاذن بالتجارة) السابق بيانه

محاسبة الأولياء والأوصياء

متى بلغ الصبى رشده . وزال العته أو الجنون أو السفه أو الغفلة وجب على الولى أو الوصى تسليم المال لهم وعليه أن يقدم لهم حسابا بايرادهم ومصروفهم مدة ولايته فان صدقوه واستلموا أموالهم برئت ذمته مما حاسبهم عليه وان لم يصدقوه رفعوا أمرهم الى القاضى وهو الذى يتولى محاسبته ومتى كان الولى أو الوصى معروفا بالأمانة أو مستورا يقبل منه الحساب الاجمالى بيمينه ان صدقه الظاهر . وان لم يصدقه الظاهر ينظر فان ادعى سببا معقولا كأن قال اشتريت لهم طعاما فهلك صدق بيمينه أيضا ما لم يتكرر هذا الادعاء . وان لم يكن معروفا بالامانة لا يكتفى منه الا بالحساب التفصيلى - وبيان مايختص بتصرفات الأولياء والأوصياء ومحاسبتهم وعزلهم مذكور تفصيلا فى قسم الأحوال الشخصية فليراجعه من شاء

الولاية والوصاية قانونا على الأموال

الأولياء على أموال الصغار ومن يلحق بهم قانونا ثلاثة أقسام: أولياء شرعيون. وأولياء حسبيون . وأولياء قضائيون

(ا) الأولياء الشرعيون

الأولياء الشرعيون من أقامهم الشرع وهم : الأب . والجد أب الأب . وتصرفاتهم فى أموال من هم تحت ولايتهم المذكورة فى شرح القانون وغيره من القوانين المصرية مأخوذة من أحكام الشريعة الغراء (قسم الأحوال الشخصية) فليراجعه من شاء

(ب) الأولياء الحسبيون

الأولياء الحسبيون من أقامهم المجلس الحسبى أوصياء أو قواماً أو وكلاء وقد كان المختص باقامة هؤلاء وعزلهم والنظر فى تصرفاتهم وما أشبه ذلك هو القاضى الشرعى وكان بيت المال هو القائم بتنفيذ الاجراءات الخاصة بالتركات التى ضمن أصحابها حمل مستكن أو قاصر أو معتوه أو مجنون أو غائب أو لا مالك لها أصلا ولكن من سنة ١٨٩٦ ألغى بيت المال وقامت مقامه المجالس الحسبية وأهم القوانين التى تسير على مقتضاها المجالس الحسبية هى: (١) القانون المؤرخ (١٩ نوفبر سنة ١٨٩٦). (٢) القانون المؤرخ (٥ مارس سنة ١٩١١ نمرة ٥)

فأما القانون الأول المؤرخ ١٩ نوفبر سنة ١٨٩٦ فيشتمل على خمس عشرة مادة أحكامها دائمية . وست مواد (من ١٦ — ٢١) أحكامها وقتية – ثم صدرت لائحة تنفيذية للمجالس الحسبية مؤرخة ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧ – والمواد الدائمية للقانون تشتمل على ما يأتى : (١) الغاء بيت المال (٢) كيفية تأليف المجالس الحسبية (٣) اختصاصاتها (٤) واجباتها وواجبات الأوصياء والقوام (٥) الجهة المختصة بالحجر أو تقرير استمراره والجهة التابعة لها المجالس (٦) انتهاء الوصاية والقيامة

وتشتمل اللائحة التنفيذية على الاجراءات بأنواعها وهى مقسمة الى خمسة فصول (١) تأليف المجالس وانعقادها (٢) التعيين (٣) المحاسبة على الأموال (٤) انتهاء ولاية المال (٥) الدفاتر والتحريرات — واليك بيان المباحث المدونة فى كل

تأليف المجالس الحسبية

تتألف المجالس الحسبية من : مأمور المركز . وأحد علماء المركز تعينه نظارة الحقانية . وأحد أعضاء العائلة ذات الشأن اذا وجد فى الجهة التى بها المجلس والا فيستعاض بواحد من الأعيان تعينه نظارة الداخلية . وأحد الأعيان يعينه المدير مع اقرار نظارة الداخلية .

وأما تأليفها فى المديريات والمحافظات فلا يختلف عما ذكر الا باستبدال المأمور أو نائبه بالمدير أو المحافظ أو من ينوب عنهما (مادة ٤)

اختصاصات المجالس الحسبية

اختصاصات المجالس الحسبية مبينة بالمادة (٥) وتنحصر فيما يأتى :

(١) – تثبيت الأوصياء المختارين بمعرفة الأب أو الجد . وتعيين الأوصياء لمن لا وصى لهم . وعزلهم — ويشترط فى تعيين الأوصياء وتثبيتهم أن يكون أمام القاضى الشرعى أو نائبه (مادة ١٥) فيجب أخذ رأيه ان لم يكن هو العضو العالمى بالمجلس والا فيكتفى بتصديقه على التعيين مع بقية الأعضاء

(٢) — تقرير استمرار الوصاية الى ما بعد الثمانى عشرة اذا لم يبلغ القاصر هذه السن رشيدا

(٣) — تقرير الحجر على عديمى الأهلية وتنصيب القوام وعزلهم ورفع الحجر

(٤) — تعيين وكلاء الغائبين وعزلهم

(٥) — اتخاذ الوسائل المؤدية الى حفظ أموال عديمى الأهلية والغائبين وقد جاء بالمادة (١٠) أن للنيابة أن تشترك فى أعمال المجالس الحسبية اذا دعت الحاجة وان لم يوجد مندوب للنيابة كان للعمدة هذا الحق وذلك باتخاذ الوسائل التى يراها لازمة لحفظ حقوق عديمى الأهلية أو الغائبين

أما واجبات من يثبت الوفاة لمورث محجور عليه . وتعيين الأوصياء والقوام والوكلاء وحقوقهم وواجباتهم وانتهاء الوصاية فمبين بالمواد من (١١ ــ ١٥ والمادتين ٨ و ٩) واليك ملخص ما يختص بكل واحد

واجبات من يثبت الوفاة لمورث محجور عليه

يجب على من يثبت الوفاة أو يباشر الدفن أن يخبر العمدة أو شيخ الحارة فى ظرف ثمان وأربعين ساعة بالوفاة والا فيلزمون بغرامة من ٢٠ قرشا الى مائة قرش . وعلى العمدة أن يبلغ ذلك للجهة المختصة فى ظرف ثمان وأربعين ساعة والا فيلزم بدفع الغرامة المذكورة (مادة ٩)

تعيين الأوصياء والقوام وعزلهم

يجب تعيين الوصى أو القيم أو الوكيل فى ظرف ثمانية أيام من تاريخ الاخبار بالوفاة (مادة ١١)

ويجب أن يصدر قرار بالتعيين أو العزل كما يجب على رؤساء المجالس الحسبية أن يقوموا بعمل ماتكون نتيجته وقوف المجلس تمام الوقوف على حال التركة وأهمية اقامة الوصى أو القيم مع التحرى التام عن استقامة من يراد تعيينه وصيا أو قيما وقدرته على ادارة شئون الأموال وحفظها

ويجب أن يعلن من اختير وصيا أو قيما أو وكيلا قبوله فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخ اعلانه بالتعيين فان سكت عد سكوته رفضا ووجب تعيين غيره فى ظرف ثلاثة أيام أخرى

وهذه القرارات يجوز الطعن فيها امام المجلس الحسبي العالى ومع ذلك فهى واجبة التنفيذ ولو استؤنفت . ويترتب على تقرير الحجر أو استمراره بطلان تصرفات المحجور عليهم من يوم صدور القرار

حقوق وواجبات الأوصياء والقوام والوكلاء

للوصى أو القيم أو الوكيل أن يباشر جميع ما من شأنه انماء ثروة من هم تحت رعايته فيجوز له أن يزرع ويشارك ويؤجر ويقيم الدعاوى ويدافع . ولكن لايجوزله البيع والشراء والرهن وسداد الدين الا باذن من المجلس الحسبى فاذاأذن بالبيع كان له حق قبض الثمن كما له حق قبض غيره الا ثمن العقار المنزوعة ملكيته للمنافع العامة فلا بد فى قبضه من الاذن . وله أخذ أجرة نظير قيامه بأعمال من هم تحت ولايته يقدرها المجلس الحسبي بطلب منه

وعليه الواجبات الآتية وهى :

(١) ــ أن يجرد فى ظرف ثلاثة أيام جميع أعيان التركة من منقول وعقار وأوراق وقيم المنقولات وقت الجرد بوجه التقريب ويكون ذلك بحضور أحد مندوبى جهة الادارة وكل شخص ذى شأن يحضر من تلقاء نفسه وذلك قبل استلام الأعيان المذكورة والا فيلزمون بدفع غرامة من ٥٠ قرشا الى ٥٠٠ قرش وتحرر قائمة الجرد على نسختين ويوقع عليها جميع الحاضرين (مادة ١٢)

(٢) ــ دفع أجرة الحراس الذين عينتهم النيابة أو العمدة أو رؤساء المجالس الحسبية

(٣) ــ تقديم ضمان للمجلس الحسبى يكفل حسن ادارته ويجوز أن يكون الضمان شخصيا أو عينيا أى عقارا . واذا ساءت ادارة الأب أو الجد جاز للمجلس أن يطالب من كل منهما الضمان فان أباه جاز عزله

(٤) ــ تقديم حساب تفصيلى كل سنة للمجلس الذى عينه عن الوارد والمنصرف معززا بالسندات الدالة على صحته

(٥) ــ دفع ما يقدره المجلس نفقة للمحجور عليه

(٦) ــ تنفيذ ما يختص بكيفية استثمار النقود المتوفرة أو ايداعها فى صناديق الحكومة متى صدر قرار المجلس بذلك

(٧) ــ تقديم حساب نهائى فى جلسة المجلس الحسبي لرب المال أو ورثته عند انتهاء الولاية بغير موت الولى فان انتهت بموته فعلى ورثته تقديم الحساب

انتهاء ولاية الأوصياء والقوام والوكلاء

تنتهى ولاية الأوصياء والقوام والوكلاء بأحد الأمور الآتية : بلوغ الصبي تمام السنة الثامنة عشرة ويثبت ذلك بشهادة الميلاد أو ما يقوم مقامها ان وجدت والا فبشهادة طبيب أو بالتقدير التقريبي الا اذا قرر المجلس استمرار الحجر الى ما بعد هــذه السن . رفع الحجر عن المحجور عليه . عودة الغائب . موت المحجور عليه . عزل ولى المال أو تنازله عن الولاية أو موته — وفى الأحوال الأربعة الأولى يسلم المال لصاحبه وفي الخامسة يسلم للجديد من أولياء المال في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء ولاية الأول

أما القانون الثانى للمجالس الحسبية المؤرخ (٥ مارس سنة ١٩١١ نمرة ٥) فخاص بتأليف مجلس حسبى عال ومواده احدى عشرة مادة وتشتمل على كيفية تأليفه واختصاصه وحقوقه وواجباته والاجراءات الداخليه له

تأليفه

يتألف المجلس الحسبى العالى من : ثلاثة مستشارين وطنيين من مستشارى محكمة الاستئناف الأهلية يعينون بمعرفة ناظر الحقانية — ومن عضوين : أحدهما من المحــكمة العليا الشرعيــة . والثانى من الموظفين أو المتقاعدين ويعينان بمعرفة مجلس النظار بناء على ما يعرضه ناظر الحقانية

واذا غاب أحدهم انتخب بدله بالصفة المذكورة (مادة أولى)

اختصاصه

يختص هذا المجلس بنظر مايرفع اليه بواسطة نظارة الحقانية أو النيابة العمومية أو من شخص ذي شأن من القرارات التي تصدرها المجالس الحسبية وتكون متعلقة

بادارة الأوصياء أو القوام أو الوكلاء أو تنصيبهم أو عزلهم ويكون دفعها فى ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ صدورها ومتى نظرها يجوز له أن يقرر فيها ما يأتي :

(١) — أن يلغى أو يعدل أى قرار رفع اليه أو يوقف تنفيذه مؤقتا

(٢) — أن يبين طريقة السير اللازم اتباعها بمعرفة المجلس الحسبى فى القضية التى تكون مستأنفة أمامه

(٣) — أن يقرر اتخاذ الاجراءات المستعجلة التى كان للمجلس الحسبى اتخاذها للمحافظة على حقوق القصر أو عديمى الأهلية أو الغائبين

(٤) — أن يقرر توقيع الحجر أو رفعه

(٥) — أن يقرر استمرار الوصاية الى ما بعد سن الثمانى عشرة سنة أو رفعها

(٦) — أن يعين الأوصياء والقوام والوكلاء أو يعزلهم أو يستبدلهم ويجوز له أيضا بناء على طلب ناظر الحقانية أن يحيل الى مجلس حسبى المديرية أى قضية من اختصاص مجلس حسبى المركز اذا تبين أن للتركة أو للأموال من الأهمية مايدعو الى هذه الاحالة . مادتى (٢ و ٣)

حقوقه وواجباته

للمجلس الحسبى العالى أثناء أدائه وظيفته جميع الحقوق والاختصاصات التى لدائرة مدنية من دوائر محكمة الاستئناف الأهلية — وعليه أن يسمع أقوال الخصوم أو وكلائهم المقبولين أمام الاستئناف الأهلى أو المحاكم الشرعية (مادتى ٥ و ٨)

اجراءاته

تصدر قرارات المجلس بأغلبية الآراء ويجب بيان أسبابها . ويجوز أن يلزم من خسر الدعوى بالمصاريف (مادتى ٦ و ٧)

ومع كون قرارات المجالس الحسبية الابتدائية واجبة التنفيذ وان استؤنفت فانه يجوز لناظر الحقانية أن يصدر قرارا بايقاف التنفيذ حتى يصدر قرار المجلس العالى متى رأى المصلحة فى ذلك

(ج) ـ الأولياء القضائيون

الأولياء القضائيون هم من أقامتهم المحكمة الابتدائية المدنية المختصة قواما على أموال المحكوم عليهم بعقوبة جنائية ان لم يقم المحكوم عليه أحدا عنه أو أقامه ولم تصدق عليه المحكمة المذكورة وهذه المحكمة بالنسبة للقيم تقوم مقام المجلس الحسبي . ومع وجوب الحجر على المحكوم عليه فى التصرفات المالية فانه يجوز له أن يوصى وأن يقف بلا اذن من المحكمة (شرح القانون صفحة ٢٨ وما بعدها . وقانون المجالس الحسبية ولائحتها التنفيذية . وقانون المجلس الحسبي العالى)

تصرفات الوكيل

الوكيل هو الشخص الذى يقيمه الانسان مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه

وكل ما جاز للشخص أن يباشره بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره . ويشترط فى الوكيل أن يكون أهلا للعقود والتصرفات التى يباشرها

وأحكام تصرفات الوكيل وعقوده لها مبحث خاص بها وهو كتاب الوكالة الذى سوف يذكر ضمن العقود المعينة. ولكن لكون الوكيل أحد المتعاقدين اللذين نتكلم الآن على أهليتهما للعقود والتصرفات وجب أن نبين شيئا من أحكام تصرفه . ومن المقرر شرعا أن كل من باشر عقدا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والواجبات . أما اذا باشر شيئا من العقود والتصرفات بطريق الوكالة عن غيره فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الاول أن يكون وكيلا فى مباشرة عقود التبرعات كالهبة والوصية والصدقة والاعارة والقرض والايداع

الثانى أن يكون وكيلا فى مباشرة عقود المعاوضات كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والصلح عن مال بمال

فان كان الأول فاما أن يكون وكيلا عمن يريد الاعطاء والتمليك واما أن يكون وكيلا عمن يريد الأخـذ والتملك . فان كان وكيلا عمن يريد الاعطاء والتمليك بأن قال شخص لآخر وكلتك لتهب لفلان هذه العين فوهبها له وقع العقد للموكل مطلقا سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أم الى موكله . وان كان وكيلا عمن يريد الأخذ والتملك ينظر فان أضاف العقد الى نفسه وكان الواهب قد أضافه اليه بأن قال الواهب وهبتك هذا الشيء فقال الوكيل قبلته لنفسى وقع العقد للوكيل وملك الشيء الموهوب وتعلقت به جميع حقوق عقد الهبة . ومثل الهبة فى ذلك جميع عقود التبرعات فيكون للوكيل استلام الهبة بنفسه وعليه حفظ الوديعة والعارية وتسليمها لصاحبها . وان أضاف العقد الى موكله وقع العقد للموكل ورجعت حقوقه اليه . واستثنى الفقهاء التوكيل بالقرض فقال الامام ومحمد لا يجوز التوكيل به فان قَبِل القرض بالوكالة عن غيره وقع العقد له وان أضافه الى موكله واستدلا على ذلك بأن القرض شبيه بالشحاذة والتوكيل بها لا يجوز لكن اذا كان رسولا من قبل المستقرض جاز لان العاقد هو المستقرض . وقال أبو يوسف يجوز التوكيل بالقرض لأن التوكيل بالهبة التى هى تبرع محض جائز باتفاق فالقرض الذى من شأنه أن يكون له بدل يجوز التوكيل بقبوله من باب أولى ـ هذا كله اذا وافق القبول الايجاب فان خالفه بأن قال الواهب مثلا وهبت لموكلك هذه العين فقال الوكيل قبلتها لنفسى بطل العقد

وان كان الثانى بأن كان وكيلا عن غيره فى عقد من عقود المعاوضات فكل العقود التى يباشرها تقع للموكل سواء أضافها الى نفسه أم الى موكله أما حقوق العقد فترجع الى من يضاف اليه العقد فان أضافه الوكيل الى نفسه عادت اليه حقوقه كلها كتسليم ما باعه أو أجره أو صالح عنه وكالمطالبة بالثمن والأجرة وبدل الصلح وان أضاف العقد الى موكله رجعت جميع حقوقه الى الموكل فلا مطالبة للوكيل ولا عليه بشىء من حقوق العقد

تصرفات الفضولى

الفضولى لغة من يشتغل بما لا يعنيه . وشرعاً من يتصرف فى ملك غيره بغير اذن شرعى وحكم عقوده وتصرفاته أنها تنعقد صحيحة موقوفة على اجازة المالك فان أجازها نفذت والا بطلت . وسيأتى زيادة بيان لحكم تصرفات الفضولى فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من كتاب البيع

تصرفات الوكيل والفضولى قانونا

تصرفات الوكيل قانونا ستأتى مفصلة عقب كتاب الوكالة . وأما تصرفات الفضولى قانونا فحكمها كحكم تصرفه فى الشريعة الغراء أى انها تقع موقوفة على اجازة المعقود له ان شاء أجازها وان شاء أبطلها فقد جاء بالمادة (١٣٧) ما نصه (من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها) هذا بالنسبة لمن عقد العقد على ذمته أما بالنسبة للفضولى فيقع باطلا لأنه اذا كان مشتريا لم يلتزم بدفع الثمن شخصيا واذا كان بائعا لم يلتزم بنقل الملكية شخصيا

هذا اذا كان ما باشره الفضولي تعهدا فان كان عملا عمله لغيره بلا اذن بأن

غرس له أشجارا أو بنى بناء كان على كل من الفضولى ورب المال واجبات للآخر

فيكون على الفضولى : اتمام ما شرع فيه . وعنايته به . وسيره فيه كما يجب على الوكيل لموكله . وأن يقدم لرب المال حسابا عن عمله

ويجب على رب المال : أن يعوض على الفضولى ما يكون قد أنفقه ان كانت فائدة عمله أكثر أو مساوية لقيمة ما صرفه فان صرف أكثر كان له أيضا ما صرف ان كان يحتمل عادة والا فليس له الا ما يحتمل كما اذا رمّ الدار المبنية باللبن بآجر فله قيمة الرمّ باللبن فقط . وأن يفي بما يكون قد عقد لمصلحته . وأن يلتزم بما التزم به عنه للغير

هذا كله اذا توفرت الشروط الآتيه :

(١) — أن لا يرخص له رب المال فى العمل أثناءه والا اعتبر وكيلا

(٢) — أن يكون الفضولى قصد بعمله منفعة رب المال والا فعليه ما ينشأ عنه من الضرر

(٣) — أن تكون الاعمال مباحة فان كانت محرمة فلا يترتب عليها شيء وان انتفع بها رب المال

(٤) — أن يكون الفضولى أهلا للتعهد فان كان محجورا عليه فيه فلا شيء له وعليه تعويض الضرر ان حصل

ولا تضامن بين الفضوليين ولا بين أرباب الأموال ان تعددوا (شرح القانون صفحة ١٧٤ و ١٧٥) بتصرف

رضا العاقدين وما يعدم الرضا

الرضا هو ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه وهو شرط لصحة العقود والتصرفات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها فان انعدم الرضا فى شيء منها فسد

والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله فهو أعم من الرضا لأنه اما أن يكون عن ميل ورغبة فى فعل الشيء أو تركه ويسمى اختيارا صحيحا أو أن يكون مبنيا على اختيار أهون الشرين ويسمى اختيارا فاسدا ولا ينعدم الاختيار الا اذا انعدم الشعور والحس

والذى يعدم الرضا ويفسد الاختيار هو الاكراه ومعناه اجبار شخص على عمل شيء بلا حق

والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ: فالملجئ مايعدم الرضا ويفسد الاختيار ويكون بالتهديد بالقتل أو اتلاف عضو أو احراق كل المال أو ايذاء الآباء والأولاد ايذاء شديدا أو نحو ذلك

وغير الملجئ ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو ما كان بأقل من ذلك. وقال بعض الفقهاء انه يفوض الرأى الى القاضى فى تعيين الاكراه الملجئ من غيره لتفاوت الناس تفاوتا بينا فى نمو الاحساس ورقة الطبع وخشونته

والفرق بين حكم الاكراه الملجئ وغيره انما يظهر فى العبادات أما فى المعاملات فلا فرق بينهما فى افساد العقود والتصرفات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها كما سبق

مايتحقق به الاكراه

لا يتحقق الاكراه الا بتوفر أربعة أشياء:

الأول - أن يكون المكرِه قادراً على ايقاع ما هدد به

الثانى ـ أن يغلب على ظن المكرَه أن المكرِه ينفذ ما هدده به ان امتنع

الثالث ـ أن يفعل المكرَه الفعل بحضور المكرِه أو بحضور نائب عنه أو يغلب على ظنه ارسال من يحضره اليه لتنفيذ ما هدده به

الرابع ـ أن يكون المكرَه ممتنعا عن فعل ما أكره عليه

فان لم يوجد واحد من هذه الامور الأربعة فلا يوجد الاكراه

حكم الاكراه فى العقود والتصرفات

قلنا فيما سبق ان الرضا شرط لصحة العقود والتصرفات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها وأن الاكراه يفسدها . والآن نبين أن الاكراه لا يؤثر على كل العقود والتصرفات المالية بالفساد وانما يؤثر على بعضها دون البعض الآخر . واليك بيان كلّ

العقود والتصرفات التى يفسدها الاكراه

العقود والتصرفات التى يفسدها الاكراه هى التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل وذلك كالبيع . والشراء . والاجارة . والاستئجار . والصلح عن مال . وتأجيل الدين . واسقاط الشفعة . والكفالة . والحوالة . والاقرار . وابراء المدين . وابراء الكفيل بنفس أو مال . ولكن بيع المكره مع كونه فاسداً يخالف بقية البيوع الفاسدة بغير الاكراه فى أربعة أشياء :

الأول ـ أنه ينقلب صحيحا اذا أجازه المكرَه بعد زوال الاكراه ولا تسقط الاجازة بموت أحدهما ولا بموتهما بل تقوم ورثة كل واحد مقامه وغير هذا من البيوع الفاسدة لا ينقلب صحيحا بالاجازة بعد التفرق من مجلس العقد

الثاني ـ أنه يجوز للمكرَه استرداد المبيع ممن هو تحت يده ولو تداولته الأيدى اذا كان التصرف فيه مما يحتمل الفسخ أما غيره من البيوع الفاسدة فلا يسترد فيه المبيع بعد هذا التصرف

الثالث ـ انه اذا تصرف المشترى فى المبيع تصرفا لا يحتمل الفسخ بأن وقفه يكون المكرَه مخيرا بين أن يضمن المشترى قيمته يوم القبض أو يوم الوقف وبين أن يضمن المكره يوم القبض وغير هذا يضمن فيه المشترى يوم القبض فقط

واذا هلكت العين المبيعة باكراه فى يد المشترى يكون المكرَه مخيرا بين أن يضمن المكرَه قيمتها يوم القبض وبين أن يضمن المشترى قيمتها يوم القبض أو يوم الهلاك ان اشتراها مختارا فان كان مكرَهاً أيضا فلا ضمان عليه وانما الذى يضمن هو المكرِه واذا ضُمِّن هذا فى الصورة الأولى رجع على المشترى بما ضمن . وان ضُمِّن المشترى فلا رجوع له على أحد لهلاك العين عنده

الرابع ـ أنه يعتبر المبيع أمانة فى يد المشترى ان كان هو المكرَه . والثمن أمانة فى يد البائع ان كان هو المكرَه وكل من البدلين أمانة فى يد الآخر ان كان كل منهما مكرها وليس كذلك بقية البيوع الفاسدة

ويترتب على فساد بيع المكرَه أن المبيع يملك بالقبض ملكا خبيثا ويجب فسخه ورد كل من البدلين لصاحبه ولو بدون رضا العاقد الثانى واذا علم به القاضى وجب عليه فسخه ازالة للمنكر شرعا . ويترتب أيضا على كونه فاسدا أنه تنفذ فيه تصرفات المشترى التى لا تحتمل الفسخ كالوقف . والقائل بفساد عقود المكرَه التى تحتمل الفسخ هو الامام وصاحبيه . وقال زفر ان هذه العقود اذا حصلت بالاكراه تكون موقوفة لا فاسدة ويترتب على قوله أن الأعيان التى وردت عليها هذه العقود لا تملك بالقبض ولا تنفذ فيها تصرفات المشترى التى لا تحتمل الفسخ الا اذا أجازها المكرَه اجازة معتبرة شرعا وهو وجيه وقول الامام وصاحبيه هو المعتمد

العقود والتصرفات التى لا يفسدها الاكراه

العقود والتصرفات التى لا يفسدها الاكراه بنوعيه هى التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل وذلك كالزواج. والطلاق . والاعتاق. والصلح عن دم العمد . فلو أكره شخص على شىء منها وقع صحيحا متى كان مستوفيا شرائطه ويترتب على ذلك أنه لو حصل الاكراه على زواج صح ويرث كل منهما الآخر اذا مات أحدهما ولم تحصل بينهما فرقة قبل الموت. واذا حصل الاكراه على طلاق قبل الدخول رجع المطلق على من أكرهه بنصف المهر الذى تستحقه المطلقة على الزوج وأما بعد الدخول فلا يرجع بشىء لأن المهر يتأكد بالدخول . واذا حصل على اعتاق بالقول ولم يكن الاعتاق فى نظير كفارة يمين أو افطار فى رمضان

عمدا أو نحو ذلك رجع المعتق على من أكرهه بقيمة من أعتقه يوم العتق. وان كان الاعتاق بالفعل بأن أكره شخص آخر على شراء قريب ذى رحم محرم منه وعتق هذا القريب بالشراء فلا يرجع المشترى بشىء على من أكرهه لأن الاكراه ليس سببا فى العتق بل سبب العتق القرابة لقوله صلى الله عليه وسلم (مَن مَلَكَ ذا رحِمٍ مَحرمٍ مِنهُ عَتقَ عليه) هذا كله رأى فقهاء المذهب الحنفى دون سواهم

وقال الأئمة الثلاثة ان الاكراه يفسد جميع العقود والتصرفات سواء كانت مما يحتمل الفسخ أو مما لا يحتمله واستدل الأئمة على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام (رُفِعَ عن أمتى الخطأُ والنسيانُ وما استُكرهوا عليه) أى لا يؤاخذون بمقتضى ما حصل مع الاتصاف بأحد هذه الصفات الثلاثة وهو ظاهر معقول الحكمة

واستدل الامام أبو حنيفة وأصحابه بأن الحديث المذكور انما يدل على رفع حكم الاكراه الأخروىّ لا الدينوى وبنوا ذلك على ما قرروه فى أصول مذهبهم من أن اللفظ المشترك بين معنيين أو أكثر لا يستعمل الا فى واحد منها فحمل على حكم الاكراه الأخروى. واستدل أيضا بأن المكرَه ليس أقلّ حالا من الهازل لأن المكرَه قاصد للعقد والتصرف. والهازل غير قاصد له بالمرة مع أن هذه العقود تصح من الهازل باتفاق لقوله عليه الصلاة والسلام (ثلاثةٌ جِدُّهن جِدٌّ وهزلهن جِدٌّ النكاحُ والطلاقُ والعِتاقُ)

الرضا والاكراه في التصرفات قانونا

جعلت الشريعة الغراء رضا كل من العاقدين شرطا لصحة العقود والتصرفات فاذا زال الرضا كان العقد فاسدا وقد سبق بيان ذلك مفصلا

أما القانون فقد جعل الرضا ركنا من أركان العقد كما سبق فلو زال الرضا كان العقد باطلا قانونا (مادة ١٢٨)

والفرق بين الفاسد والباطل أن الفاسد يملك بالقبض ويمكن اجازته بعد الاكراه والباطل ليس كذلك ولا يترتب عليه حكم أصلا (هذا على المذهب الحنفي وأما بقية الأئمة فلم يفرقوا بين الفاسد والباطل الا في أعمال الحج)

والرضا قانوناً هو القبول بالاختيار التام

ويستدل على الرضا بصدور صيغ العقود والتصرفات عن رغبة واختيار — والصيغ اما أن تكون قولا أو فعلا ، فالقول هو الايجاب والقبول باللفظ . والفعل هو الكتابة . والتعاطي . والاشارة المعروفة للأخرس . ويجب لانعقاد العقد بما ذكر عدم مخالفة القبول للايجاب مخالفة مضرة

ولم يشترط القانون اتحاد مجلس الايجاب والقبول بل أجاز أن يتأخر القبول زمناًما باتفاق المتعاقدين وقت الايجاب . ولكن الشريعة تشترط اتحاد المجلس حقيقة بأن لم يخرج أحدهما منه قبل القبول وحكما بأن لم يعرض القابل عن القبول ولم يرجع الموجب عن ايجابه قبل القبول فان اختلف بطل العقد شرعاً

واذا حصل التعاقد بالكتابة لتباعد المتعاقدين فلا يتم العقد بمجرد كتابة القبول الى الموجب بل بعد وصوله اليه وقراءته ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) — ان المعقود عليه يبقى في ملك صاحبه حتى يتم العقد فان هلك قبل تمامه هلك على صاحبه

(٢) — اذا توفى الموجب أو فقد الأهلية قبل وصول القبول بطل العقد أما القابل فتقوم ورثته أو وليه مقامه في القبول ان مات أو خرج عن الأهلية (ما يختص بالقابل مخالف لأحكام الشريعة الغراء)

(٣) — للموجب أن يرجع عن ايجابه حتى يصله القبول

والاكراه قانونا هو غصب الملتزم على التعاقد بالارهاب ولا يكون الاكراه موجبا لبطلان التعهد الا اذا كان شديدا بحيث يحصل معه تأثير لمن يقع عليه مع مراعاة السن والحالة والمركز وشدة التأثر بالمؤثرات وضعفه الى غير ذلك من المميزات التي لا تدخل تحت حصر ويفوض الرأى فى تقدير ذلك كله الى نباهة القاضى وحذقه (مادة ١٣٥)

ويترتب على هذه المادة أنه يجوز للمحاكم البحث فيما اذا كان الاكراه سببا لرهبة مدعيه رهبة لم تجعل فى وسعه الا قبول التعهد فان لم يكن كذلك فلا يعد اكراها مبطلا للتعهد (الحقوق سنة ٦ صفحة ٣٠٢)ويترتب عليها أيضا أن ارهاب الموظف بادخاله مجلس التأديب ان لم يطلب الانتقال أو الاستعفاء وكانت صحته لاتساعده على النقل فطلب الاستعفاء اعتبر مكرهاولا يترتب على هذا الاستعفاء حرمانه من المكافأة أو المعاش (الحقوق سنة ١٨ صفحة ١٣٨)

الغبن الفاحش

تعريفه وأقسامه

الغبن معناه لغة الاغضاب . وشرعا ينقسم الى قسمين غبن يسير وغبن فاحش. فالغبن اليسير على رأى بعض الفقهاء هو خُمْسُ قيمة الشيء فأقل نقصا فى البيع وزيادة فى الشراء . والغبن الفاحش على رأيهم أيضا هو ما كان أكثر من الخمس فيما ذكر . وأما على رأى البعض الآخر فالغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم فاذا قال خبير يوثق بقوله ان هذا الحصان يساوى من خمسين الى خمسة وخمسين جنيها ثم باعه صاحبه بخمسين أو اشتراه

المشترى بخمسة وخمسين يكون كل واحد منهما مغبونا غبنا يسيرا أما اذا باعه صاحبه بتسعة وأربعين جنيها أو أقل أو اشتراه المشترى بستة وخمسين أو أكثر سمى كل منهما مغبونا غبنا فاحشا أما على الرأى الأول فلا يسمى البائع مغبونا غبنا فاحشا فى المثال المذكور الا اذا كان قد باعه بأقل من أربعين جنيها ولا المشترى الا اذا اشتراه بأكثر من ستين جنيها

والغبن اما ان يصاحبه تغرير أولا ـ والتغرير نوعان : تغرير قولى وتغرير فعلى . فالقولى هو أن يبالغ صاحب الشىء فى وصفه مبالغة زائدة . والفعلى هو أن يعمل فيه ما يستوجب غش من يريد أخذه

حكم الغبن فى العقود والتصرفات

حكم الغبن اليسير أنه لا يؤثر على العقود مطلقا سواء صاحبه تغرير أم لم يصاحبه الا فى صورة واحدة وهو ما اذا صاحبهُ تغرير فعلى فانه يجعل المغبون مخيرا بين فسخ العقد وبين أخذ الشىء بكل الثمن . ومثال التغرير الفعلى أن يربط صاحب البقرة أخلافها قبل عرضها للبيع بأيام حتى يظهر ضرعها كبيرا فاذا اشتراها شخص على أنها حلوب اعتمادا على ظاهر حالها فوجد لبنها بعد الحلبة الأولى أقل مما تحلب أمثالها كان مخيرا بين أن يأخذها بكل الثمن وبين أن يردها ويرد قيمة ما أخذه من اللبن. وقد ورد أن النبى عليه الصلاة والسلام جعل القيمة صاعا من تمر حتى لا يحصل كبير خلاف بين البائع والمشترى فى هذه القيمة تسهيلا للمعاملات ورفعا للحرج والمشقة فى تقدير قيمة اللبن فى كل دابة لأنه

لا ينضبط خصوصا اذا استهلك قبل أن يعاينه أحد المقدرين . ومن باب أولى يعلم أن التغرير الفعلي يؤثر على العقود اذا ترتب عليه غبن فاحش

وحكم الغبن الفاحش مختلف فيه. فقال فريق من الفقهاء أنه لا يؤثر على العقود مطلقا سواء صاحبهُ تغرير قولى أم لا . وقال فريق آخر انه يؤثر عليها مطلقا فيجوز للمغبون أن يفسخ أو يجيز وفصّل آخرون فقالوا ان صاحبها تغرير أثر عليها والا فلا وهذا هو المعتمد

هذا كله اذا كانت العقود والتصرفات التى حصل فيها الغبن الفاحش فى غير مال الوقف واليتيم فان كانت فى مال واحد منهما فلا يصح العقد باتفاق مراعاة لمصلحة الوقف واليتيم

الغبن الفاحش قانونا

الغبن الفاحش ذكره القانون فى مادتى (٦٣٦ و ٦٣٧) وهو مقدر بأكثر من خمس ثمن المبيع نقصا فى البيع وزيادة فى الشراء ويدل صريح المادتين المذكورتين على أن الغبن لا يفسد العقود مهما كان عظيما فلا يملك المغبون فسخ العقد بسبب الغبن بدون رضا العاقد الآخر متى توفرت فيه شروط الأهلية لأن مثل هذا يجب أن يتحمل نتائج عمله فان لم تتوفر فيه شروط الأهلية بأن كان قاصرا جاز له أن يطلب تكملة الثمن الذى باع به فى ظرف سنتين بعد بلوغه الرشد فان لم يستعمل حقه فيهما بطل ولورثته اذا مات ما كان له فى ظرف سنتين أيضا من تاريخ وفاته وجواز طلب التكملة مشروط فيه أن يكون المبيع عقارا وليس لولى المال هذا الحق اذا غبن فى تصرفه فى مال القاصر . ولم يرد فى القانون ما يفيد منح هذا الحق لغير القاصر من المحجور عليهم (ولكن جاء فى حكم الاستئناف المختلط الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٨٨٩ مجموعة القوانين والأحكام المصرية جزء أول صفحة ١١٥) ما نصه: (يجب أن يكون مثل المحجور عليه كمثل القاصر فيما يتعلق بدعوى طلب تكملة الثمن بسبب

الغبن ولكن يسقط حقه كما يسقط حق القاصر بمضى سنتين من تاريخ رفع الحجر) ومواعيد سقوط الحق ليست قابلة للايقاف أو الانقطاع ما لم يكن هناك استثناءات مخصوصة نص عليها القانون

ولا فرق فى هذا الغبن بين أن يكون فيه تغرير قولى أولا لانه جاء فى صفحة ١٣٣ ما نصه (ولا يعد من التدليس مبالغة التجار فى صفات سلعهم بالاعلانات وغيرها) أما اذا كان الغبن مبينا على تدليس وغش بأن صاحبه تغرير فعلى كما اذا ربط أخلاف البقرة ليظهر ضرعها كبيرا أو استعمل الكذب والخداع حتى أدخل الغش على المتعاقد معه فان العقد يكون فاسدا شرعا وقانونا ويجب فسخه

وشرط التدليس المعدم للرضا مبين بالمادة (١٣٦) ونصها (التدليس موجب لعدم صحة الرضا اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتبا على الحيل المستعملة من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى) ويترتب على هذه المادة أنه لابد لمن يدعى التدليس الموجب لبطلان التعهد أن يثبت حصوله بالطرق القانونية. وأنه لا يستنتج التدليس والغش من قرائن الأحوال لأن الأصل فى العقود الصحة ولا يثبت غيره الا بدليل وأن مجرد عدم الاخبار بأمر لا يعد غشا فى مسائل العقود والتصرفات بل يلزم لوجود هذا الغش الاخبار كذبا بأمر لم يكن (المحاكم سنة ١٧ صفحة ٣١٢١)

الغلط الواقع فى العقود

اذا حصل غلط من أحد المتعاقدين في عقد من العقود بأن ذكر فيه شيء غير حقيقى فلا يخلو هذا الغلط من أن يكون فى جنس المعقود عليه أو فى وصفه فان كان الغلط في جنسه بأن قال بعتك هذا الثوب الحرير أو الفص الياقوت بكذا وقال الآخر قبلت فاتضح أن الثوب قطن أو الفص زجاج تعلق العقد بما سماه وبطل لانعدام المسمى وهو الحرير والياقوت .

وان كان الغلط فى وصفه بأن قال ليلا بعتك هذا الحصان الأحمر فاذا هو أسود أو فص الماس الأبيض فاذاهو أصفر تعلق العقد بالمسمى ووقع صحيحا ولكن المشتري يكون مخيرا بين أخذه بكل الثمن وبين فسخ العقد لفوات الوصف المرغوب فيه

حكم الغلط الواقع فى العقود قانونا

حكم الغلط الواقع فى العقود قانونا أنه مبطل لها فقد جاء فى المادة (١٣٤) ما نصه (الغلط موجب لبطلان الرضا متى كان واقعا فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد) وجاء فى الشرح صفحة (١٣٢) ان الغلط يفسد الرضا ولا يبطله وقد فرّق بين الباطل والفاسد تبعا لمذهب الامام الأعظم . وحصر الغلط المفسد للعقود فيما يأتى :

(١) — الغلط الواقع في شخصية المتعاقد معه اذا كانت شخصيته هى المعتبرة فى العقد كما لو تعاقد مع شخص يظنه فلانا المشهور بدقة صناعته ثم ظهر أنه غيره

(٢) — الغلط فى ماهية المعقود عليه كما اذا اشترى سبيكة على أنها ذهب فاذا هى نحاس

(٣) — الغلط فى صفات الشىء التى تجعل له قيمة خاصة وتميزه عن غيره كما اذا اشترى صورة على أنها من رسم فلان الشهير ثم ظهر أنها من رسم غيره

واذا رضى المشترى بالمبيع مع الغلط ووضع يده عليه بعد علمه به سقط حقه فى الفسخ ووجب عليه كل الثمن . وأما الغلط فى القيمة فلا يعد عيبا مفسدا للرضا ما دام قد صدر من ذى أهلية (انظر الغبن الفاحش) وليس فى ذلك كله مايخالف أحكام الشريعة الغراء الا فى حالة ما اذا كان الغلط فى ماهية المعقود عليه فانه يقع العقد باطلا شرعا ولا تصح اجازته

بقية شروط العقود على العموم

(٢-٣-٤ محل العقد . وفائدته . وقصد شرعيته)

(٢) محل العقد

محل العقد هو المعقود عليه وهو اما أن يكون مالاً أو منفعة أو عملاً وَيَرِدُ على كل منها كثيرٌ من العقود والتصرفات ومن ذلك تنوعت أسماؤها . وذلك أن العقد الوارد على الأعيان المالية اما أن يرد عليها لتمليكها فى الحال بعوض مالىّ ويسمى بيعا . أو لتمليكها في الحال بلا عوض ويسمى هبة . أو لتمليكها بعد الموت بلا عوض ويسمى وصية . أو لحفظها ورد عينها ويسمى وديعة . أو لاستهلاكها ورد مثلها ويسمى قرضا . أو لحبسها بدينه حتى يأخذه ويسمى رهنا . أو لأدائها عن غيره مع عدم براءة هذا الغير ويسمى كفالة . أو لأدائها عن غيره مع براءة هذا الغير ويسمى حوالة . أو لاستغلالها ويسمى شركة . أو مضاربة

والعقد الوارد على المنافع اما أن يرد عليها لتمليكها بعوض ويسمى اجارة . أو لتمليكها فى الحال بلا عوض ويسمى اعارة . أو لتمليكها بعد الموت بلا عوض ويسمى وصية بالمنفعة .

والعقد الوارد على العمل اما أن يكون بعوض فى الحال ويسمى اجارة والعامل يسمى أجيرا . أو بعوض فى المآل مما تنبته الأرض ويسمى مزارعة . أو بعوض كما ذكر مما تثمر الأشجار ويسمى مساقاة أو بغير عوض ويسمى وكالة

ويشترط فى محل العقد على اختلاف أنواعه لصحة هذه العقود أن يكون قابلا لحكم العقد فان لم يقبله لا يصح

محل العقد قانونا

محل العقد قانونا مذكورة شروطه العامة فى المادة (٩٥) ونصها (يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلا ممكنا جائزا والا كان باطلا فان كان الغرض منه اعطاء شيء وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه ولو بالنوع وأن يكون صنفه مبينا بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال) ويترتب على هذه المادة أن من تجاوز حدود القانون وعبث بالنظام العام يجب ارجاعه اليه والضرب على يده . وكلما أخذ بعقد باطل وجب رده الى صاحبه (المحاكم سنة ١٢ صفحة ٢٥١٧)

وقد زاد شارح القانون على ما جاء فى المادة قسما ثالثا لمحل العقد وهو: التعهد بالامتناع عن أمر فى منفعة المتعهد اليه كعدم صنع سلعة معينة لغيره (صفحة ١٣٤)

---

(٣) فائدة العقد

يشترط لصحة العقد أن يكون فيه فائدة فان خلا عنها أصلا لا يصح العقد كما اذا ورد على بيع جنيه بمثله استويا وزنا ووصفا . أو على بيع كل من الشريكين نصيبه الشائع بنصيب شريكه الشائع أيضا فى العين التى حصل التبايع فيها اذا كان نصيب كل منهما مساويا لنصيب الآخر

(٤) قصد شرعية العقد

قد يكون فى العقد فائدة ولكنها ليست معتبرة شرعا لكونها لا يعتد بها فى نظر العقلاء من الناس فان كانت الفائدة التى فى العقد

من هذا النوع فلا يصح كما اذا استأجر انسان ثوبا لا ليلبسه بل ليضعه على يده ذهابا وايابا حتى يقول من يراه ان فلانا له ثوب جميل أو استأجرت امرأة الجواهر والأحجار الكريمة لا لتزيّن بها بل لتريها لخاطبيها وخاطباتها فى خزائن منزلها لتتوفر دواعى الرغبة فى الاقتران بها الى غير ذلك من أنواع العقود التى فيها فائدة ولكنها غير مقصودة شرعا لأن الشرع حكيم لا يعتبر من الأشياء الا ما كانت فائدته مما يقصدها العقلاء

فائدة العقود وكون الفائدة مقصودة للعقلاء قانونا

كل ما ورد فى هذا المبحث هو ما نصت عليه المادة (٩٤) ونصها « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » ومنها يؤخذ أن جميع العقود والالتزامات تعتبر صحيحة اذا كانت لا تخالف القانون ولا تخل بالنظام العام والآداب وجرت العادة على حصول مثلها ويجب نفاذها . وعلى من يدعى عدم صحتها الاثبات سواء كانت مفيدة أم غير مفيدة وسواء كانت فائدتها مما يقصدها العقلاء أم مما لا يقصدها وسيأتى زيادة بيان لهذا الموضوع (فى التعهدات الشرطية)

اقسام العقود والتصرفات

للعقود والتصرفات باعتبار نوعها أقسام . وباعتبار وصفها أقسام . وباعتبار صيغتها أقسام . واليك بيان كل

(١) أقسام العقود والتصرفات باعتبار نوعها

تنقسم العقود والتصرفات باعتبار نوعها الى سبعة أقسام وهى :

أولا ـ المعاوضات : سواء كانت معاوضة مال بمال أم مال بمنفعة والأمثلة ظاهرة . أم مال بغير مال بل بحق من الحقوق كالزواج والخلع فان المهر في الزواج مقابل بحق الاستمتاع بالزوجة واختصاص الزوج بها . وبدل الخلع مقابل بافتداء العصمة واطلاق حرية الزوجة بعد التقييد بمشيئة الزوج

ثانيا ـ التبرعات : كالهبة والوصية والوقف والاعارة والابراء

ثالثا ـ ما يكون تبرعا فى الابتداء ومعارضة في الانتهاء : كالقرض . والكفالة بأمر المكفول عنه . والحوالة بأمر المحيل اذا كان المحال عليه غير مدين

رابعا ـ الالتزامات : كالحوالة . والكفالة . وحفظ الودائع

خامسا ـ الاطلاقات : كالاعارة . والوكالة . والمضاربة . والقضاء . والطلاق . والايصاء . والاذن للصبي المميز ومن يلحق به بالتجارة .

سادسا ـ التقييدات : كعزل الوكيل . والقاضى . والحجر على الصبي المأذون ومن فى حكمه

سابعا ـ الاسقاطات : كالوقف . والطلاق . والابراء . وتسليم الشفعة بعد ثبوتها . ومما ذكر يعلم أن للعقود والتصرفات أكثر من اعتبار واحد فقد اعتبرنا الطلاق اطلاقا واسقاطا . واعتبرنا الوقف والابراء تبرعا واسقاطا

(٢) أقسام العقود والتصرفات باعتبار وصفها

تنقسم العقود والتصرفات باعتبار وصفها الى قسمين : عقود

صحيحة . وعقود غير صحيحة . وتنقسم العقود والتصرفات الصحيحة الى ثلاثة أقسام : موقوفة . ونافذة غير لازمة . ونافذة لازمة . وقد يكون العقد نافذا لازما من جهة أحد المتعاقدين ونافذا غير لازم من جهة الآخر - وتنقسم العقود والتصرفات غير الصحيحة الى قسمين : عقود وتصرفات باطلة . وعقود وتصرفات فاسدة .

بيان العقود والتصرفات الصحيحة

وأحكامها

(ا) العقود والتصرفات الموقوفة وحكمها

العقود والتصرفات الموقوفة هى التى تصدر من واحد من المحجور عليهم السابق بيانهم أو من الفضولى أو هى التى يكون فيها محل العقد مرهونا أو مستأجرا وحكمها أنه لا يظهر أثرها فى المعقود عليه الا بعد اجازتها اجازة معتبرة شرعاً ممن له حق الاجازة . ومعنى كون هذه العقود موقوفة أنها لا توصف بنفاذ ولا ببطلان الا بعد الاجازة أو الفسخ ممن له الشأن فى ذلك

وقال الامام الشافعى ان عقد الفضولى باطل لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية وهى الملك أو الاذن فصار المعقود عليه بالنسبة له معدوما وبيع المعدوم باطل

واستدل الامام أبو حنيفة وأصحابه ومن وافقهم كالامام مالك على انعقاد بيع الفضولى صحيحا موقوفا على الاجازة بما رُوى من أن

النبيَّ صلى الله عليه وسلم أعطى حكيمَ بن حِزَامٍ دينارا ليشترىَ به أُضْحيةً فاشترى شاةً ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاةً بدينارٍ وجاء بالشاة والدّينار لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له بارك الله لك في صَفْقَتِكَ فأمَّا الشاةَ فضحّ بها وأمَّا الدينارَ فتصدّقْ به — ولو كان تصرفه الذى لم يؤذن فيه وهو بيع الشاة وشراء غيرها باطلا لما أقره النبي صلى الله عليه وسلم لأنه المشرع والمبين للصحيح وغيره من الأحكام

(ب) حكم العقود والتصرفات النافذة غير اللازمة

حكم العقود والتصرفات الصحيحة النافذة غير اللازمة من الجانبين وهى ما كان فيها الخيار لكل من المتعاقدين ان كانت من عقود المعاوضات وما كانت من عقود التبرعات أنها لا يلتزم بها أحد من المتعاقدين ويجوز لكل منهما فسخها ولو بدون رضا الآخر . وحكم جميع عقود التبرعات أن المعقود عليه فيها لا يملك الا بالقبض التام ولا تصح الا من تام الأهلية فان كانت غير لازمة من جهة أحد المتعاقدين ولازمة من جهة الآخر فلا يلتزم الأول بشىء مما يترتب على العقد ويجوز له فسخه ولو لم يرض الآخر ويلزم الثانى بكل ما يترتب عليه ومثال هذه العقود الكفالة والرهن فانهما لازمان من جهة الكفيل والراهن وغير لازمين من جهة المكفول له والمرتهن

(ج) حكم العقود والتصرفات اللازمة من الجانبين

حكم العقود والتصرفات اللازمة من الجانبين وهى الواردة على

الأعيان المالية أو على منافعها بعوض مع استيفائها جميع الشرائط أنه يلتزم كل من المتعاقدين بما تعهد به للآخر ولا يجوز لأحدهما فسخ العقد بدون رضا الآخر ويترتب عليه ثبوت الملك في البدلين لكل من المتعاقدين فان كان بيعاً التزم كل واحد بتسليم ماعنده للآخر وان كان اجارة التزم مالك العين أو النائب عن مالكها بتسليمها للمستأجر والتزم المستأجر بتسليم ما وجب من الأجرة لمن تعاقد معه

بيان العقود والتصرفات غير الصحيحة
وحكمها

(ا) العقود والتصرفات الباطلة وحكمها

الباطل من العقود والتصرفات هو ما ليس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه ومعنى كونه غير مشروع بأصله أنه فقد شيئا مما يتحقق به ومعنى كونه غير مشروع بوصفه أنه بعد انعقاده فقد شيئا مما لا يصير صحيحا الا به وكل عقد لا يكون مشروعا بأصله لا يكون مشروعا بوصفه ولا عكس لأن غير المنعقد لا يكون صحيحا وقد يكون غير الصحيح منعقداً كالبيع الفاسد فانه منعقد وغير صحيح . وبعبارة أخرى الباطل هو ما حصل خلل فى ركنه أو فى محله .

فالخلل الذى يحصل فى الركن أى الصيغة هو أن يكون أحد العاقدين فاقد أهلية التصرف . أو يخالف القبول الايجاب مخالفة مضرة أو يختلف مجلس العقد .

والخلل الذى يحصل فى المحل أى المعقود عليه هو ألا يقبل حكم العقد بأن كان معدوما الا ما استثناه الفقهاء من بيع السلم . والاستجرار. وما تتلاحق آحاده . وسيأتى بيانها فى كتاب البيع ان شاء الله تعالى . أو كان موجودا ولكنه ليس بمال أصلا كالميتة . أو كان مالا ولكنه غير مقوم كالخمر والخنزير أو مالا متقوما ولكنه غير مملوك فى نفسه كالطير فى الهواء والسمك فى البحر وعلى العموم فمتى انعدم شرط من شروط انعقاد أى عقد كان باطلا وشروط انعقاد أى عقد وغيرها من الشروط الخاصة بعقد دون عقد مبينة ضمن مباحث العقود المعينة

وحكم العقد الباطل أنه لا يترتب عليه شيء أصلا فان كان بيعاً فلا يملك المشترى المبيع ولا البائع الثمن ولو قبضه كل منهما برضا الآخر ويجب على كل واحد أن يرد ما أخذه الى صاحبه ان كان موجوداً فان أهلكه من أخذه ضمنه بمثله ان كان مثلياً وبقيمته يوم قبضه ان كان قيمياً . أما اذا هلك بدون تعدٍّ ففيه خلاف بين الامام وصاحبيه فالامام يقول بأنه لا ضمان فيه على من هلك عنده لأنه أمانة فى يده ودليله على ذلك أن العقد لما بطل لم يبق الا مجرد القبض بالاذن فصار الشيء كالوديعة وهى أمانة لا تضمن الا اذا هلكت بالتعدى . والصاحبان يقولان بأنه يضمنه بما ذكر من المثل أو القيمة . واستدلا على ذلك بأنه مقبوض على أنه مملوك لقابضه والأمانة تقبض على ملك صاحبها . وكلا القولين صحيح فيرجح القاضى ما يراه موافقا . هذا كله اذا هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع بأن يكون حيوانا اختنق برسنه فان هلك بفعل أجنبى فعلى رأى الامام يضمّنه البائع قيمته يوم الهلاك ان كان قيميا ومثله ان كان

مثليا وعلى رأيهما يضمن البائع المشترى ذلك يوم القبض وهو يرجع على الأجنبي بما ضمن أو يضمن الأجنبي ما ذكر يوم الهلاك ولا يرجع على أحد بشيء — ومن العقود الباطلة عقود الهازل التي تحتمل الفسخ على أصح الأقوال لعدم القصد قياسا على عقد الصبي الذى لا يعقل والمجنون أما العقود التي لا تحتمل الفسخ فتقع صحيحة ولا يبطلها الهزل لقوله عليه الصلاة والسلام (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق)

(ب) العقود والتصرفات الفاسدة وحكمها

الفاسد من العقود والتصرفات ما كان مشروعا بأصله دون وصفه وبعبارة أخرى هو ما لم يحصل خلل فى ركنه ولا فى محله ولكن حصل خلل فى أوصافه. ومثال الخلل الذى يحصل في أوصاف العقد جهالة المبيع أو الثمن أو مدة الأجل أو مدة خيار الشرط جهالة فاحشة تؤدى الى النزاع . أو عدم القدرة على التسليم . أو خلو العقد من الفائدة. أو كانت فائدته غير مقصودة شرعا . أو اقترانه بشرط فاسد وسيأتى بيانه فى مبحث اقتران العقد بالشرط

وحكم العقد الفاسد أنه لا يفيد الملك الا بالقبض التام وهو ما كان بالرضا صراحة أو دلالة ولكن هذا الملك الذى يستفاد بالقبض يعتبر ملكا خبيثا ويجب على كل من المتعاقدين فسخ العقد ورد ما أخذه ان كان موجودا وكان الرد ممكنا فان لم يكن موجودا بأن هلك عند المشترى بفعله أو بآفة سماوية. أو حصل فيه ما يمنع الرد بأن زاد عنده

زيادة متصلة . أو تعلق به حق الغير بأن باعه أو وهبه وسامه أو أوصى به وتنفذت الوصية ضمنه المشترى بمثله ان كان مثليا وبقيمته يوم قبضه ان كان قيميا ـ وعلى القاضى اذا علم بفساد العقد أن يفسخه جبرا على المتعاقدين ازالة للمنكر شرعا ما دام الفسخ ممكنا

(٣) — أقسام العقود والتصرفات باعتبار صيغتها

قبل التكلم على هذه الأقسام نبين ما هى الصيغة وماذا يكون الحكم اذا لم تدل على ما يقصده المتعاقدان بالتعاقد فنقول :

صيغة كل عقد هى الأقوال الدالة عليه أو ما يقوم مقامها من الكتابة عند تفرق المتعاقدين . أو الاشارة المعروفة للأخرس. أو التعاطى وهو الأخذ والاعطاء بدون كلام

ومتى كان المقصود من العقد مستفادا من الصيغة فالأمر ظاهر . وان كان غير مستفاد منه بأن قال شخص لآخر أعرتك هذا الأردب القمح مدة شهر وقال الآخر قبلت فلا يلتفت الى قول الموجب أعرتك بل يعتبر المعنى المقصود من العقد ويعطى له الحكم الذى يناسبه . ولكون الانتفاع بالأردب القمح لا يتصور الا باستهلاكه اعتبر العقد عقد قرض لا عارية لأن العارية هى التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها والقرض ليس كذلك . وان قال شخص لآخر أقرضتك هذه الدابة لتركبها يوما فقال قبلت يعتبر العقد عقد عارية لا عقد قرض . وهذا متفرع على قاعدة (العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى غالبا) وفرعوا على ذلك أيضا قولهم ان الكفالة بشرط براءة ذمة المدين

حوالة . والحوالة بشرط عدم براءة المدين كفالة . وبيع الوفاء رهن . ومن غير الغالب تكون العبرة بالألفاظ كالبيع بدون ثمن فلا يعتبر هبة بل يعتبر بيعا باطلا ان نص فى العقد على نفى الثمن وبيعا فاسدا ان سكت عن الثمن ومثله الاجارة

وتنقسم العقود والتصرفات باعتبار صيغتها الى أربعة أقسام : منجزة . ومعلقة على الشرط . ومقترنة بالشرط . ومضافة الى الزمن المستقبل

(١) العقود والتصرفات المنجزة

العقود والتصرفات المنجزة هى التى صدرت بصيغة مطلقة أى غير مقيدة بشرط ولا معلقة عليه ولا مضافة الى الزمن المستقبل وذلك كقول البائع للمشترى بعتك هذا الشىء بكذا فيقول المشترى قبلت

وحكم العقود والتصرفات المنجزة أنها تنعقد فى الحال ويترتب عليها أثرها. ويجب أن يكون العقد منجزا متى كان واردا على ما يمكن تمليكه فى الحال والقاعدة العامة لذلك أن كل ما يمكن تمليكه فى الحال لا يصح تعليقه على الشرط ولا اضافته الى الزمن المستقبل كالبيع والهبة والزواج وقسمة الأعيان

(ب) العقود والتصرفات المعلقة على الشرط

المعلق على الشرط من العقود والتصرفات هو ما جعل حصوله مترتبا على حصول شىء آخر بأداة من أدوات الشرط

والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى باحدى الأدوات الشرطية فمثلا لو قال شخص لآخر ان لم

يؤد فلان لك الدين الذى عليـه فى يوم كذا فأنا كفيل به فقال الآخر قبلت كان عقد الكفالة هذا معلقا أى أنه يتأخر انعقاد العقد سببا فى حصول الكفالة الى وجود المعلق عليه وهو فى هـذا المثال عدم دفع الدين فى اليوم المعين . وبناء على ذلك لا يطالب الكفيل بشىء الا بعد عدم الدفع فى اليوم المحدد له

وكل عقد معلق يجب أن يشتمل على جملتين الأولى منهما تسمى فعل الشرط أو المعلق عليه والثانيـة تسمى جواب الشرط أو المعلّق ، والمعلق عليه اما أن يكون حاصلا بالفعل أو غير حاصل وهذا الأخير اما أن يكون مستحيل الحصول واما أن يكون واجب الحصول فى المستقبل عادة أو ممكن الحصول فيه أى أنه وقت التعليق معدوم يجوز حصوله فى المستقبل وعدم حصوله . فمثال التعليق على الحاصل بالفعل أن تقول ان لم يكن أبى قد ضـمن فلانا فأنا ضامن له فيقول الدائن قبلت ويتبين أن أباه لم يكن ضامنا هذا الشخص . وحكم هذا العـقد وماماثله أنه يقع صحيحا ويلغو التعليق لأنه صورى والعقد منجز يترتب عليه أثره فى الحال ويشترط فى صحة التعليق على ما هو حاصل بالفعل أن يكون المعلق عليه مما يقبل الامتداد كما فى المثال السابق وكالجلوس والاضطجاع حتى يمكن حصول الصيغة فى زمنه فان كان مما لا يقبل الامتداد كالتعليق على دخول الدار أو الخروج منها وقت حصول كل منهما فلا يكون منجزا بل معلقا على دخول أو خروج آخر لأن الزمن الذى يدخل فيه الدار أو يخرج فيه منها لا يسع صيغة العقد اذ الدخول عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخـل والخروج عكسه وزمن

كل منهما قصير جدا . ومثال التعليق على المستحيل أن يقول شخص لآخر اذا شاب الغراب فقد ضمنت لك ما على فلان فيقول الآخر قبلت . وحكم هذا العقد وما ماثله أنه باطل لا يترتب عليه شيء أصلا لأن الغرض من التعليق على المستحيل انما هو تأكيد نفى العقد المعلق — ومثال التعليق على ما هو واجب الحصول أو جائزه فى المستقبل أن يقول شخص لآخر اذا أشرقت الشمس أو أمطرت السماء غدا فقد أجرتك أرضى أو وكلتك فى تأجيرها فيقول الآخر قبلت وحكم هذا التعليق يختلف باختلاف أنواع العقود

وذلك أن العقود والتصرفات بالنسبة لقابليتها للتعليق وعدم قابليتها على ثلاثة أقسام

الأول — ما لا يصح تعليقه على الشرط مطلقا أى سواء كان الشرط ملائما للعقد أم غير ملائم له ويشمل هذا القسم ما يأتى (١) مبادلة المال بالمال . أو المال بالمنفعة . أو المال بغير المال (٢) التبرعات سواء كانت تبرعات فى الابتداء والانتهاء أم تبرعات فى الابتداء ومعاوضات فى الانتهاء (٣) التقييدات (٤) الرهن والاقالة وهى رفع العقد اللازم بالتراضى

الثانى — ما يصح تعليقه على الشرط مطلقا أى سواء كان الشرط ملائما أم غير ملائم ويشمل ما يأتى (١) الاسقاطات المحضة كالطلاق. وتسليم الشفعة . أما الاسقاطات التى فيها شبهة بالتمليكات كالوقف والابراء من الدين فلا يصح تعليقها على الشرط (٢) الالتزامات التى يحلف بها كالحج والصلاة والصوم (٣) الوكالة والقضاء والايصاء أى اقامة الوصى (من عقود الاطلاقات) . ثم ان كان الشرط ملائما ومناسبا

للعقد كان معتبرا ووجب العمل به واذا كان غير ملائم بطل الشرط وصح العقد

الثالث ـ مايصح تعليقه على الشرط الملائم فقط ويشمل مايأتى : (١) الالتزامات التى لا يحلف بها كالحوالة والكفالة (٢) مابقى من الاطلاقات وهو الاذن للصبى بالتجارة . فان كان الشرط المعلق عليه غير ملائم فسد العقد

والقاعدة العامة لجميع ماذكر أن كل مايمكن تمليكه فى الحال لا يصح تعليقه على الشرط ولا اضافته الى الزمن المستقبل

ومما تقدم يتضح أن التعليق على الشرط لا يكون صحيحاً معتبراً الا اذا كان العقد مما يصح تعليقه على الشرط وكان المعلق عليه أمراً مستقبلا سواء كان واجب الحصول أم جائزه . فان كان العقد مما لا يصح تعليقه على الشرط ينظر فان كان المعلق عليه حاصلاً بالفعل اعتبر صحيحاً والتعليق صورياً . وان كان مستحيل الحصول كان العقد باطلا . وان كان واجب الحصول أو جائزه كان فاسداً

(ج) العقود والتصرفات المقترنة بالشرط،

الشرط ما كان خارجا عن ماهية الشىء وحقيقته ولكن يتوقف عليه وجود المشروط والغرض من الاتيان به الزام أحد العاقدين الآخر بشىء والتزام هذا الآخر به والمُلْزِمُ هو المشترط والملتزم هو قابل العمل بمقتضى الشرط . والشرط ثلاثة أقسام

الأول ـ الشرط الصحيح وهو أربعة أنواع

(١) ما يقتضيه العقد أى ما يدل عليه ولو لم يذكر فيه كاشتراط تسليم المبيع واستلام الثمن . أو الانفاق على الزوجة

(٢) ما يلائم العقد ويؤكد موجبه كاشتراط أخذ رهن أو كفيل بالثمن حتى يؤديه

(٣) ما ورد به الشرع كشرط الخيار . وشرط تأجيل الثمن أو تقسيطه

(٤) ما جرى به العرف كاشتراط اصلاح الساعة المبيعة سنة أو اصلاح الملابس المشتراة حتى تكون بشكل مخصوص

الثانى ـ الشرط الفاسد وهو الذى لا يقتضيه العقد . ولا يلائمه ولم يرد به الشرع . ولا جرى به العرف وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو لآدمى غيرهما كاشتراط البائع أن ينتفع بالمبيع سنة . وقال الامام مالك بصحة هذا العقد والشرط وتعتبر المنفعة جزءا من الثمن وهو ظاهر

الثالث ـ الشرط الباطل أو اللغو وهو الذى لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع ولا جرى به العرف ولا نفع فيه لأحد من المتعاقدين أو من غيرهما كأن يشترط البائع عدم انتفاع المشترى بالمبيع أو انتفاعه به

والمقترن بالشرط من العقود هو ما حصل أولا منجزا ثم أتبع بشرط يلتزم به أحد المتعاقدين زيادة عن البدل

وحكم العقود والتصرفات المقترنة بأحد هذه الشروط يختلف باختلافها وباختلاف الشرط المقترنة به . وذلك أن العقود اما أن تكون واردة على الأعيان المالية أو على منافعها واما أن تكون واردة على غيرها

فان كانت واردة على الأعيان المالية كالبيع والقسمة والصلح عن مال بمال . أو على منافعها كالاجارة والمزارعة والمساقاةواقترنت بشرط يكون حكمه كما يأتى :

(١)ـ اذا كان الشرط الذى اقترنت به صحيحا صحت هى والشرط ووجب العمل بهما

(٢) — اذا كان الشرط فاسدا فسدت

(٣) — اذا كان باطلاصح العقد ولغا الشرط

وان كانت واردة على غير ماذكر واقترنت بالشرط أيا كان نوعه وقعت صحيحة . ثم ان كان الشرط صحيحا وجب العمل به وان كان فاسداً أو باطلا صح العقد ولغا الشرط

(د) العقود والتصرفات المضافة الى الزمن المستقبل

العقود والتصرفات المضافة الى الزمن المستقبل هى التى لم يقصد حصول حكمها فى الحال بل قصد حصوله عند مجىء الزمن المضافة اليه . كما اذا قال شخص لآخر أجرتك دارى سنة من أول السنة الهجرية المقبلة . وقال المستأجر قبلت فان هذه الاجارة تنعقد سببا فى الحال لملك المستأجر المنفعة والمؤجر الأجرة المعينة . ولكن لا يترتب عليه حكمه وهو الانتفاع بالفعل واستلام الأجرة فى الحال بل يترتب حكمه من ابتداء السنة المذكورة

والاضافة هى عبارة عن جعل سبب العقد مفضيا الى حكمه وقت حلول الزمن المضاف اليه

والعقود من جهة صحة اضافتها الى الزمن المستقبل وعدم صحتها على ثلاثة أقسام :

(١) مالا يصح اضافته الى الزمن المستقبل مطلقا وهو كل ما يمكن تمليكه فى الحال السابق بيانه فى التعليق على الشرط

(٢) مايصح أن يكون منجزا وأن يكون مضافا الى الزمن المستقبل كالاجارة والعارية وجميع العقود والتصرفات التى من قبيل الالتزامات والاسقاطات والاطلاقات ماعدا الايصاء

(٣) ما لا يصح الا مضافا كالوصية والايصاء

أقسام العقود والتصرفات قانونا

يؤخذ من مواد القانون المدنى من ابتداء مادة (٩٦) الى نهاية التعهدات والالتزامات أن للعقود أقساما كثيرة منها ما ورد صريحا لكثرة تداوله بين الناس فى معاملاتهم ومنها ما ذكره شارح القانون مما يؤخذ ضمنا من مجموع مباحث القانون . الا أن القانون وشرحه عبرا عن العقود والتصرفات بالتعهدات والالتزامات وسنورد الأقسام على حسب تعبيرهما . فالتى وردت صراحة من أقسام التعهدات والالتزامات ستة وهى :

(١) التعهدات التخييرية (٢) التعهدات البدلية (٣) التعهدات الأجلية (٤) التعهدات الشرطية (٥) التعهدات التضامنية (٦) التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

والتى ذكرها الشرح زيادة على ذلك أربعة وهى:(١) التعهدات المتبادلة والتى من طرف واحد (٢) التعهدات المحققه . والتعهدات الاحتمالية (٣) التعهدات

الأصلية . والتعهدات التابعة (٤) التعهدات المعينة . والتعهدات غير المعينة
واليك بيان كل باختصار

(ا) الأقسام المصرح بها فى القانون

(١) التعهدات التخييرية

التعهدات التخييرية مذكورة بالمواد (٩٦ و٩٧ و ٩٩ و ١٠٠) ونظير هذا المبحث فى الشريعة الغراء هو خيار التعيين المذكور ضمن مباحث كتاب البيع

ويؤخذ من هذا العنوان أن هذه التعهدات يكون فيها المعقود عليه واحدا لا بعينه من أشياء متعددة يرد العقد عليها

ويؤخذ من المادة (٩٦) أن خيار التعيين يكون للمتعهد مالم يرد نص صريح فى التعهد أو القانون يقضى بجعله للمتعهد له أو لغيره كأن يقول شخص بعتك أحد هذه الجمال الثلاثة على أن يكون ثمن أكبرها ثلاثين جنيها وثمن أوسطها عشرين جنيها وثمن أصغرها خمسة عشر جنيها فيقول المشترى قبلت فحينئذ يكون حق تعيين أحدها للبائع كما اذا اشترط الخيار لنفسه فان قال البائع للمشترى ولك الخيار فى تعيين أحدها وقبل المشترى كان الخيار له

ويؤخذ من مادة (٩٧) التى نصها « اذا صارت احدى الكيفيات المعينة للتنفيذ لا يمكن الحصول عليها فيكون قاصرا على الكيفية الممكن تنفيذالتعهد بها » أنه اذا كان خيار التعيين للمتعهد وهلك أحد الشيئين فى يده بدون تعديه أو لم يبق من محل العقد الا واحد فهلاكه على المتعهد وألزم باعطاء الذى لم يهلك للمتعهد له . وجاء فى الشرح أنه اذا هلك الجميع بدون تعد انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ . وأنه اذا أهلك المتعهد بعضها تعديا فعليه تبعته وألزم بالثانى . واذا أهلك الجميع تعديا أو هلكت بسبب تقصيره واهماله ألزم بقيمة الأخير لأن التعهد صار مقصورا عليه . واذا هلك البعض بتقصيره والبعض بدون تقصيره وكان

تقصيره حاصلا فى هلاك الأخير فعليه قيمته . وان كان تقصيره فيما هلك أوّلا فلا شيء عليه لأن حق المتعهد له قد أصبح قاصرا على الشيء الباقي فاذا هلك بقوة قاهرة فلا شيء على المتعهد — هذا كله اذا كان الهلاك بالتعاقب . أما حكم ما اذا هلك الجميع بتعدى المتعهد دفعة واحدة أو لم يعلم ما هلك أولا . كما اذا هدم المكان الذى فيه الأشياء المعقود عليها أو أحرقه فهلكت جميعها فلم يتعرض له القانون ولا شرحه والظاهر أنه يضمن نصف قيمة الشيئين فان كان التعهد واردا على أكثر من ذلك كان الضمان من كل واحد بنسبة عدد ما تعهد به فان كان ثلاثة أشياء ضمن ثلث قيمة كل واحد وان كان أربعة ضمن ربعه وهكذا كما لم يتعرضا لحكم ما اذا تعيب الجميع دفعة واحدة أو متعاقبا — ويؤخذ أيضا من المادة المذكورة أنه اذا كان من ضمن الأشياء مالا يجوز التعاقد عليه بطل التعهد بالنسبة له وصح فى غيره وان لم يبق الا واحد بطل خيار التعيين ووجب تسليمه للمتعهد له لصيرورة العقد بسيطا . (هذا ليس على اطلاقه في الشريعة الغراء بل فيه تفصيل يذكر في البيع الباطل)

ويؤخذ من مادة (٩٩) أنه اذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بأن هلك أحد الشيئين وبقى الآخر كان الخيار للمتعهد له بين أخذ الباقى لأنه هو الممكن الوفاء به وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر . وما قيل فى حالة وجود مالا يصح التعاقد عليه حينما يكون الخيار للمتعهد يقال هنا

ويؤخد من مادة (١٠٠) أنه اذا كان الخيار للمتعهد له أيضا وصار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد فحق الخيار للمتعهد له لم يزل باقيا بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء . وقال فى الشرح انه اذا هلك الكل بقوة قاهرة انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ . واذا هلك الأخير فقط بتقصيره والباقى بقوة قاهرة فعلى المتعهد دفع قيمة الأخير واذا هلك الأول بتقصيره والباقى بقوة قاهرة كان الخيار للمتعهد له فى أخذ قيمة الأول أو الثانى لأن حق المتعهد له فى

الخيار لم يسقط الا بسبب تقصير الملتزم ولولا تقصيره لبقى الشيء الأول .
وهذه الأحكام تخالف فى بعض صورها أحكام الشريعة الغراء لأن هلاك الشيئين أو الأشياء تحت يد البائع سواء كان بتعديه وتقصيره أم بدون تعد ولاتقصير يبطل العقد ان هلك الجميع ولايجعل للمشترى أى حق قبل البائع الا حق استرداد الثمن ان كان أداه ولو كان الخيار له . وستأتى أحكام ذلك شرعا فى خيار التعيين

(٣) التعهدات البدلية

يؤخذ حكم التعهدات البدلية من المادة (٩٨) وهى التى يكون موضوعها شيئا واحدا مقررا حكمه فى القانون أومتفقا عليه بين المتعاقدين وهذا الشيء يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به في الأصل وحكمها أن الخيار يكون للمتعهد له فى طلب وفاء التعهد الأصلى أو التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا وينبنى على ذلك ما يأتى

(١) اذا تعهد شخص بأمر وشرط أنه ان لم يقم به يدفع كذا جزاء فالمتعهد له مخير بين طلب الوفاء بالتعهد الأصلي وبين طلب الجزاء بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفا رسميا (القضاء سنة ٢ صفحة ١٣)

(٢) الشرط الذى من شأنه أن يجعل كل الدين حالا اذا حصل تقصير في دفع قسط من الأقساط فى ميعاده المقرر يجب أن يعتبر شرطا فاسخا أى أن العقد ينفسخ اذا كان أحد المتعاقدين لا يقوم بما تعهد به لا تعهدا جزائيا مشتملا على تعويضات متفق عليها بصفة غرامة أو عقوبة يدفعها المدين اذا لم يقم بتنفيذ ما تعهد به أو تأخر فيه . فبناء على ذلك يكون التكليف الرسمي الذى يأمر به القانون في حالة التعهد الجزائى غير واجب فى مثل هذه الحالة . ومع ذلك اذا رفع الدائن الدعوى على المدين ليطالبه بجميع مبلغ الدين جاز للقاضى بحسب ما يراه من أحوال القضية ومن دواعى العدالة أن يبقى الدفع بالأقساط فى المواعيد المقررة على حالة اذا لم ينشأ ضرر من ذلك للدائن . (المجموعة الرسمية سنة ٥ صفحة ١٩٥)

(٣) التعهدات الأجلية

التعهدات الأجلية مبينة بمادتى (١٠١ و ١٠٢) قال شارح القانون فى تعريف الأجل : الأجل أمر مستقبل محقق يتوقف عليه نفاذ التعهد أو سقوطه ويؤخذ من هذا التعريف أن الأجل قسمان : توقيفى وفاسخ

فالتوقيفى هو الأمر الذى يتوقف عليه استعمال الحق المؤجل . ويجب أن يكون الأجل معلوما علما تاما كما اذا اشترى انسان شيئا بثمن مؤجل الى آخر شهر ذى الحجة من هذا العام مثلا فان لم يكن معلوما بطل العقد ويترتب على ذلك أنه لايجوز للبائع مطالبة المشترى بالثمن الا عند حلول الأجل. واذا أداه قبله ظانا أنه قد حل الأجل فلا حق له فى استرداده

والأجل الفاسخ — هو ما يترتب على حصوله انفساخ التعهد كما فى المرتبات المقررة لأجل معين أو مدة الحياة . وحكمه بقاء التعهد نافذا الى أن يحل الوقت المعلوم ومتى حل انفسخ التعهد

وقد جاء بالمادة (١٠١) أنه يجوز للمتعهد الوفاء بالدين قبل حلول أجله الا اذا كان العقد يمنع ذلك لأن الأصل فى الأجل أن ينتفع به المدين وقد ينتفع به الدائن كما اذا كان للدين فائدة فان الدائن يجوز له أن يمتنع عن قبول الدين المؤجل قبل حلول أجله

وجاء بالمادة (١٠٢) أن الأجل يسقط بأحد شيئين . أحدهما افلاس المتعهد . ثانيهما أن يفعل المتعهد ما يوجب ضعف التأمينات التى كانت محلا لوفاء التعهد . ومتى سقط الأجل وجب أداء الدين فورا . ولا يسقط الأجل بموت من هو له بخلاف الشريعة الغراء فان الأجل يسقط بموته لا بموت الدائن

ويترتب على هذه المادة من الأحكام : أنه اذا حصل تبديد أوضياع فى المنقولات يوجب ضعف التأمين على الايجار استحقت قيمة الايجار ولو لم يكن قد حل أجلها

وجاز للمؤجر المطالبة بذلك ومنع تبديد التأمين محافظةعلى حقه الامتيازى . وما يجوز للمؤجر فى الحالة المذكورة من المطالبة ومنع التبديد يجوز لضامن المستأجر الذى له الحق بأن يحل محله حتى ولو كانت اضاعة تأمين الايجار حاصلة من قبل المؤجر نفسه كأن يريد أن يستوفى بها دينا غير الايجار فانه يجوز حينئذ للضامن أن يمنع المؤجر عن عمله هذا الا اذا أبرأه من الضمان (الحقوق سنة ١١ صفحة ١٠٨)

(٤) التعهدات الشرطية

التعهدات الشرطية مبينة بالمواد (من ١٠٣ الى ١٠٦) ويؤخذ من مجموعها أن تعليق التعهدات على الشرط واقترانها بالشرط جائز مادام المعلق عليه غير مستحيل الحصول وما دام لم يصادر نصا قانونيا ولم يخالف النظام العام ولم يخل بالآداب العمومية على حسب التفصيل الآتى فى بيان الشرط غير الجائز

والشرط أمر مستقبل غير محقق يترتب على وجوده أو عدم وجوده وجود التعهد أو منع وجوده أو تأييده أو زواله . وهو نوعان : توقيفى . وفاسخ . فالتوقيفى هو ما يتوقف لزوم التعهد على تحققه . والفاسخ مايسقط بتحققه التعهد اللازم . وينقسم الشرط الى خمسة أقسام وهى :

(١) — الشرط الجائز والشرط غير الجائز . فالجائز ما أباحه القانون وهو كثير

وغير الجائز ما لم يبحه القانون بأن كان مطلوبا به عمل شيء يخالف القانون أو يخل بالآداب العامة . أو مطلوبا به الامتناع عن أمر مأمور به فى القانون أو تدعو اليه الآداب ، ومن ذلك جميع ما نهى عنه قانون العقوبات . وما يتعلق بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب . وما يتعلق بالحرية والحياة والدين وما يتعلق بالتصرف فى الأموال الممنوع التصرف فيها منعا كليا دائما كالوقف فلا يجوز التعليق على شيء منها . وحكم الشرط غير الجائز أنه اذا كان فى عقود التبرعات صح العقد وبطل الشرط عقابا للمتبرع على تشجيعه للناس على مخالفة

القانون والاخلال بالنظام والآداب . واذا كان فى عقود المعاوضات بطل العقد حتى لا يجرأ أحد على التعامل بما يخالف القانون أو يخل بالآداب أو النظام

(٢) — الشرط الموجب . والشرط السالب : فالموجب ما يطلب به فعل . والسالب ما يطلب به كف . ويشترط فى الموجب أن يكون مباحا وممكنا . وفى السالب أن يكون غير مأمور به قانونا أو أن يكون مما لا تقضى به الآداب

(٣) — الشرط الممكن . وغير الممكن : فالممكن ما كان متعلقا بأمر مقدور للمتعهد . وغير الممكن ما كان متعلقا بأمر غير مقدور له . وحكم الأول أنه يصح ويجب العمل به ، وحكم الثانى أنه ان كان فى عقود التبرعات صح العقد ولغا الشرط وان كان فى عقود المعاوضات بطل العقد. اذا كان الشرط توقيفيا لأنه لا غرض للمشترط الا تأكيد نفى التعهد بتعليقه على غير الممكن كما اذا قال ان شاب الغراب فقد ضمنت لك ما على زيد من النقود فان كان الشرط فاسخا لغا الشرط لأنه لا يكون له أثر فى العقد كما اذا قال اذا صافحت يد الجوزاء أسترد ما بعته لك فانه يفيد تأكيد بقاء التعهد

(٤) — الشرط الصريح . والشرط الضمنى : فالصريح ما ذكر صراحة فى التعهد . والضمنى ما يؤخذ منه ضمناً . ولا يوجد هذا الشرط الا فى التعهدات المتبادلة ولا يكون الا فاسخا

ومتى تحقق الشرط الصريح ترتب عليه أثره بدون حاجة الى انذار أودعوى. وأما الشرط الضمنى فلا يترتب عليه أثره وهو فسخ العقد ان لم يقم المتعهد بالوفاء به بل لابد من طلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض وللقاضى النظر فى ذلك . وللمتعاقدين جعل هذا الشرط صريحا فى العقد ولا يترتب عليه حينئذ أثره بمجرد عدم الوفاء بالتعهد عند تحقق الشرط الا اذا نص فى العقد على ذلك والا لزم الانذار قبل الطلب وجاز للمتعهد أن يفى بالتعهد الى ما قبل الحكم

(٥) — الشرط الارادى . وهو الذى يعلق فيه التعهد على مجرد ارادة المتعهد كأن أردت بيع داري فقد بعتها لك يكون العقد فيه باطلا. واذا علق التعهد على

ارادة المتعهد له أو غيره كقول البائع ان أردت شراء داري أو أراد المستأجر لها ذالك في ظرف كذا يوما فقد بعتها لك كان العقد صحيحا والشرط جائزا . ومن الشروط الارادية الجائزة الشروط الخيارية كالتعهد بعمل أمر أو اعطاء شيء عند القدرة عليه مثلا . وكل ما ذكر انما هو في الشرط التوقيفي . أما الشرط الارادى الفاسخ فهو جائز دائما كاشتراط فسخ العقد اذا أراد المشترى أو البائع مثلا في ظرف كذا يوما

ويختلف حكم التعهدات الشرطية باختلاف الشرط وذلك أنه إما معلق . وإما متخلف . وإما متحقق

فان كان معلقا أى لا يزال المعلق عليه غير معروف ان كان يحصل أو لا يحصل فليس لأحد المتعاقدين حق قبل الآخر . ويكون التصرف في محل التعهد أثناء التعليق موقوفا على تحقق الشرط أو عدم تحققه ان كان الشرط توقيفيا . فان كان فاسخا فالعقد صحيح ويترتب عليه حكمه من حين العقد من التسليم والتسلم ولكل من المتعاقدين فائدة ما أخذه وله رهنه وترتيب الحقوق عليه . غير أن كل ذلك يكون تابعا للحق الأصلي فان تحقق الشرط وانفسخ العقد سقطت هذه الحقوق والتصرفات ووجب على كل من المتعاقدين رد ما أخذه للآخر بالحالة التي أخذه بها . فان كان الشيء قد هلك يكون هلاكه على من امتلكه بالعقد الا في البيع قبل التسليم فانه يهلك على البائع

وان كان الشرط متخلفا أى تحقق عدمه أو وجوده فحكمه أنه اذا كان توقيفيا يبطل العقد كما اذا قال شخص لآخر ان جاء فلان فقد بعتك داري فاتضح أن فلانا هذا ميت . وان كان فاسخا صح العقد لزوال سبب الفسخ كان جاء فلان فقد فسخت العقد فعلم أنه قد مات

وان كان الشرط متحققا بأن حصل بجميع أجزائه على الكيفية التي لاحظها المتعاقدان أو بأن تعذر تحققه بفعل المتعهد يكون حكمه تأييد العقد ان كان الشرط توقيفيا . واسقاطه ان كان فاسخا . ويعتبر هذا الحكم من يوم العقد وجميع التصرفات تتبع العقد في التأييد والسقوط ولا يحتاج في ذلك الى حكم القاضي

ولا يجوز للمحكمة أن تتصرف فى الشرط بل عليها أن تقره وترتب عليه أثره متى ثبت تحققه

وقد جاء فى شرح القانون أن هذه الأقسام مأخوذة من أحكام المحاكم وهى لا تنافى ما ورد فى القانون

(٥) التعهدات التضامنية

التعهدات التضامنية مبينة بالمواد (من ١٠٧ — ١١٥) ويؤخذ من المادة (١٠٧) حكم تضامن الدائنين ونصها (اذا تضمن التعهد التفويض من كل من التعهد لهم للباقى من استيفاء الشيء المتعهد به يكون كل منهم قائما مقام الباقى فى ذلك . وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل)

وباقى المواد يؤخذ منها أحكام تضامن المدينين . فالمادة (١٠٨) يؤخذ منها أن التضامن لا يوجد الا بنص فى العقد وفى القانون فاذا تضامن المدينون تتبع فى حقهم أحكام الكفالة والتوكيل . والمادة (١٠٩) جعلت للدائنين الحق فى طلب الدين من جميع المتضامنين دفعة واحدة أو من كل منهم منفردا الا اذا كان دين بعضهم مؤجلا أو معلقا على شرط . والمادة (١١٠) تتضمن سريان المطالبة الرسمية لأحد المدينين المتضامنين على الآخرين . والمادة (١١١) تتضمن عدم جواز الزيادة على الدين من أحد المتضامنين الملتزمين به . والمادة (١١٢) تتضمن جواز تمسك كل واحد من المتضامنين بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم . والمادة (١١٣) تتضمن عدم جواز الاحتجاج من أحد المتضامنين بالمقاصة الحاصلة لغيره مع الدائن الا اذا اتحدت الذمة بأن صار الواحد بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد فانه يجوز التمسك بهذا الاتحاد من كل منهم بقدر الحصة التى تخص شريكه فى الدين . والمادة (١١٤) تتضمن أنه اذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين جاز للباقى أن يتمسك بهذا الابراء بقدر حصة المبرأ فقط . والمادة (١١٥) تتضمن رجوع من أدى الدين من المتضامنين على باقى المدينين بقدر حصصهم وتوزع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين

والتضامن الذى يحصل بنص القانون فقط بين المدينين وان لم يذكر ذلك صراحة يكون فى الأشياء الآتية : (١) الالتزامات الناشئة عن الجرائم (٢) تحويل الكمبيالات (٣) شركات التضامن (٤) شركات التوصية (٥) مسائل التهريب (٦) عوائد الاملاك (٧) ماهو مبين فى مادتى (١٥٠ و ١٥١ مدنى) من التعهدات المترتبة على الأفعال

(٦) التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

التعهدات المنقسمة هى التى يكون محلها قابلا للتجزئة . وغير المنقسمة هى التى لا يقبل محلها ذلك . وهذه العقود مبينة بالمواد (من ١١٦ الى ١٢٧) وتتضمن هذه المواد أنه اذا كان الوفاء غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها كالدار والحانوت والعربة . أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد كالتعهد بالضمان كان كل واحد ملزما بأداء الكل وله الرجوع على من معه . وأنه اذا كان الملتزم بما لا ينقسم واحدا وامتنع من أدائه كله كان الدائن مخيرا بين فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أخذ التضمينات عن الجزء الذى لم يقم بأدائه ، كما يجوز أن يحصل من المحكمة على اذن بفعل ماتعهد به المدين أو بازالة مافعله مخالفا لتعهده مع الزامه بالمصاريف وهذا وذاك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال

واذا كان المتعهد به معينا ومملوكا للمتعهد وليس لأحد حق عينى عليه جاز للمتعهد له وضع يده عليه . ولا تستحق التضمينات المترتبة على التأخير أو عدم الوفاء زيادة على رد ما أخذه المتعهد الا اذا كان التأخير أوعدم الوفاء بسبب تقصير المتعهد وبعد تكليفه بالوفاء رسميا . والتضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئا مباشرة عن عدم الوفاء ومع ذلك اذا كان عدم الوفاء ليس ناشئا عن تدليس من المدين فلا يكون ملزما الا بما كان متوقع الحصول عقلا وقت العقد . واذا كان مقدار التضمين مذكورا فى العقد حكم به فقط .

واعتبر القانون الفائدة فى المواد المدنية عن المبالغ خمسة فى المائة وفى المواد التجارية

سبعة فى المائة ولايجوز زيادتها عن تسعة فى المائة ولا تعتبر فائدة الفائدة الا اذا كانت متجمدة عن سنة كاملة . ويجوز فى الأحوال التجارية أن تختلف الفوائد حسب اختلاف أسعار الجهات وأن تنضم الفوائد المتجمدة للأصل فى الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية

(ب) أقسام التعهدات التى زادها الشرح

(١) التعهدات المتبادلة والتى من طرف واحد

التعهدات المتبادلة والتى من طرف واحد هى عقود المعاوضات وعقود التبرعات المبينة فى أقسام العقود والتصرفات شرعا باعتبار نوعها بلا فرق بينهما. وعقود المعاوضات تخالف عقود التبرعات فى أشياء منها : أن شرط الفسخ ضمنى فى عقود المعاوضات الا اذا نص على خلاف ذلك . وأنها توصف بكونها تجارية ، وأن الخطأ فى شخص المتعاقد لا يؤثر على العقد . وأن المتعهد مسئول عن تقصيره ، وليست كذلك عقود التبرعات

(٢) التعهدات المحققة والاحتمالية

التعهدات المحققة هى ما تتساوى فيها المنافع عادة كالمعاوضات المعروفة. والاحتمالية ما لا يمكن فيها معرفة النسبة بين قيمتى التعهدين كما اذا باع شخص لآخر مائة فدان فى نظير أخذ مبلغ معلوم كألف جنيه سنويا ما دام البائع موجودا فانه فى هذه الصورة لا يعلم كم يأخذ البائع من النقود ثمنا لأرضه تبعا لعدم العلم بمقدار المدة التى يعيشها

(٣) التعهدات الأصلية والتابعة

التعهدات الأصلية هى ما ثبتت أصالة فى الذمة ، والتابعة مالا تقوم الا بغيرها كالرهن والكفالة. والفرق بين الأصلية والتابعة أن الأولى اذا سقطت سقطت الثانية بالتبعية لها ولا عكس

التعهدات المعينة وغير المعينة

التعهدات المعينة هى التى لها اسم معروف . وغير المعينة هى التى لا يعرف لها اسم كمن تعاقد مع آخر على أن يدله على حق له لا يعرفه عند انسان او فى مكان مجهول فى نظير أخذ جزء مما يظهره . والقانون يلحق مثل هذه العقود بنظائرها ويعطيها حكمها

انواع الخيارات

الخيار معناه شرعا طلب خير الأمرين امضاء العقد أو فسخه . وأنواعها كثيرة وهى :

(١) ـ خيار الشرط . وهو أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما أنه يجوز له امضاء العقد أو فسخه فى زمن معين وسيأتى بيانه

(٢) ـ خيار الرؤية وهو جواز رد المشترى المبيع الذى لم يره أو أخذه

(٣) ـ خيار العيب وهو جواز رد المبيع المعيب بعيب قديم اذا لم يكن رآه قبل استلامه . أو أخذه بكل الثمن حسب التفصيل الآتى

(٤) ـ خيار التعيين ويثبت للبائع أو للمشترى اذا بيع أحد شيئين أو ثلاثة أشياء بدون تعيين له وقت العقد وجعل حق التعيين لأحدهما فى مدة ثلاثة أيام

(٥) ـ خيار الغبن الفاحش وهو أن يكون المغبون الحق فى فسخ العقد أو امضائه على التفصيل السابق

(٦) خيار النقد وهو أن يشترط البائع على المشترى أنه ان لم ينقده الثمن فى ثلاثة أيام يكون له الحق فى فسخ العقد أو امضائه

(٧) ـ خيار الكمية ويثبت للمشترى أو البائع اذا اشترى أو باع ما كاله أو وزنه أو ذرعه بشىء غير معلوم المقدار

(٨) ـ خيار الاستحقاق ويثبت المشترى اذا استحق بعض المبيع . أى أنه يكون له الحق فى أخذ الباقى بما يقابله من الثمن أو تركه على حسب التفصيل الآتى فى كتاب البيع

(٩) ـ خيار التغرير الفعلى ويثبت للمشترى اذا ظهر أن البائع فعل فى المبيع ما أوجب غش المشترى كربط أخلاف الدابة ليظهر ضرعها كبيرا

(١٠) ـ خيار كشف الحقيقة ويثبت للبائع اذا باع ما فى يد المشترى أو صندوقه أو منديله مثلا

(١١) ـ ظهور الخيانة فى بيع المرابحة أو التولية أو الوضعية ويثبت المشترى اذا علم أن البائع زاد على مقدار الثمن الذى كان اشترى به من قبل

(١٢) ـ خيار فوات الوصف المرغوب فيه ويثبت للمشترى بعد التحقق من أن المبيع خال من الوصف الذى اشتراه لرغبته فيه

(١٣) ـ خيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل قبضه فيثبت للمشترى الحق فى أخذ الباقى بما يقابله من الثمن أو تركه حسب التفصيل الآتى

(١٤) ـ اجازة عقد الفضولى أو فسخه ويثبت للمالك اذا باع فضولى ملكه

(١٥) ـ ظهور أن المبيع مرهون أو مستأجر وهو يثبت للمشترى حق فسخ العقد أو امضائه

وجعلها ابن عابدين سبعة عشر خياراً بأن عدّ الخيانة فى كل من المرابحة . والتولية . والوضيعة قسماً مستقلاً يوجب الخيار

وقد أشرنا اليها نظما فى الأبيات الاتية وهى :

شرط وعيب وتعيين ورؤيته ما لم يره وفوات الوصف تغرير
كشف الحقيقة تفريق لصفقته والغبن والنقد الاستحقاق تأجير
اجازة العقد رهن العين تولية فيها الخيانة ربح فيه تزوير
خيار كمية قد جاء خاتمة لسبع عشرة فيها صح تخيير

وسيأتى بيان هذه الخيارات فى محالها الخاصة بها ولكنا نبين الآن منها ما يمكن أن يوجد فى كثير من العقود اتماما للمباحث العقود على العموم وهذه ثلاثة أنواع وهى : خيار الشرط . وخيار الرؤية . وخيار العيب

خيار الشرط

خيار الشرط هو أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما لنفسه أو لغيره أن له الحق فى امضاء العقد أو فسخه فى المدة التى سيأتى بيانها . ويجوز أن يشترط الخيار فى العقد أو بعده ولو بمدة بتراضى المتعاقدين . ومن اشترطه لنفسه من كل من المتعاقدين يكون له الحق فيه دون غيره . أما من اشترطه لغيره فيكون له الحق فيه أيضا لأنه مستفاد منه

سبب مشروعية خيار الشرط

سبب مشروعية خيار الشرط هو تمكن كل من المتعاقدين من التروى

والتأمل فيما فعله فان كان في مصلحته أمضاه والا فسخه ـ ومشروعيته جاءت على خلاف القياس لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وانما جاز استحساناً لما ذكر والدليل على جوازه أن حبان ابن منقذ الأنصاري كان يغبن في البياعات ومنعه أهله عن مباشرتها حرصا على ماله فلم يستطع وشكا ذلك الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال له (اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام) ـ الخلابة الغش والتدليس ـ أي أن الشريعة الغراء براء من الغش والتدليس والغاشين والمدلسين فقد قال عليه الصلاة والسلام (من غشنا فليس منا)

ما يصح فيه خيار الشرط

يصح خيار الشرط في جميع العقود اللازمة التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل وهي : البيع ـ والاجارة . والمزارعة . والمساقاة . وقسمة القيميات . والصلح عن مال . والرهن . والكفالة . والحوالة . والخلع . وترك الشفعة بعد الطلبين الأولين . والاقالة . والأبراء . والوقف على رأي بعض الفقهاء ـ وغير هذه العقود لا يصح فيها خيار الشرط وهي جميع العقود والتصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل ـ وجميع العقود والتصرفات غير اللازمة من الجانبين . فالأولى هي : الزواج . والطلاق . والعتاق . والصرف . والسلم . والاقرار . والثانية هي : الوكالة . والعارية . والقرض . والهبة . والوصية

وانما صح الخيار في النوع الأول من العقود والتصرفات لأنه ثبت بالحديث المتقدم في خصوص المبيع وقد ألحق به الفقهاء ما كان في

معناه من العقود اللازمة الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها لاحتياجها الى التروى دفعا للضرر . بخلاف العقود والتصرفات التى تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل لأنها لا تكون الا لازمة ولو لم يقصد العاقد أو المتصرف حكمها فلا تنفسخ بالخيار بل يلغو ويصح العقد. وبخلاف غير اللازمة أصلا فانها يصح فسخها بدون خيار وبلا توقف على رضا العاقد الآخر فلا حاجة الى الخيار فيها

مدة الخيار

مدة خيار الشرط اما أن تكون مجهولة . أومعلومة . وان كانت معلومة فاما أن تكون ثلاثة أيام فأقل واما أن تكون أكثر منها

فان كانت مدة الخيار مجهولة كما اذا قال البائع بعتك هذا الكتاب بكذا ولى الخيار أو ولى الخيار دائما أو ولى الخيار الى أن تمطر السماء أو نحو ذلك مما يُصَيّر مدته مجهولة . وقال المشترى قبلت كان العقد فاسدا باتفاق سواء اشترط المشترى لنفسه الخيار أم لا وسواء كانت مدة خيار المشترى معلومة أم مجهولة . ومثل البائع فى ذلك المشترى. وان كانت المدة معلومة ولم تزد عن ثلاثة أيام صح الخيار باتفاق سواء كان لكل من البائع والمشترى أم لأحدهما أم لغيرهما

وان كانت المدة أكثر من ثلاثة أيام ولكنها معلومة بأن يقول من يريد الخيار ولى الخيار أربعة أيام أو شهراً أو سنة أو نحو ذلك فان كان العقد عقد كفالة أو حوالة صح باتفاق وان كان وقفا صح أيضا على رأى من يجيز الخيار فيه وعللوا ذلك بأن هذه العقود والتصرفات

تحتاج الى مزيد التروى . أما غير هـذه العقود والتصرفات ففي زيادة مدة الخيار فيها عن الأيام الثلاثة خلاف بين الامام وصاحبيه فالامام يقول بفساد العقود والتصرفات وبذلك قال زفر والامام الشافعي . وقال الصاحبان بصحتها . واستدل من يقول بالفساد بحديث حَبانَ ابن مُنقِذٍ السابق لأن المدة فيه محددة بالأيام الثلاثة . وبما أخرجه الدَّارَقُطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الخِيارُ ثلاثةُ أيام » ـ واستدل الصاحبان بأن الخيار انما شرع للتروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى أكثر من الأيام الثلاثة كالتأجيل في الثمن فانه جائز على خلاف القياس سواء كانت المدة قصيرة أم طويلة مادامت معلومة المقدار وبقولهما قال الامام أحمد رضى الله عنه لقوله عليه الصلاة والسلام (المسلمون عندَ شُروطِهم) . وقال الامام مالك اذا كان المبيع لا يبقى أكثر من يوم كبعض الأطعمة لا يزيد الخِيار عن يوم وان كان المبيع ثمينا بحيث لا يعرف المشترى ان كانت المصلحة في أخذه أو تركه الا في أكثر من ثلاثة أيام جاز أن يشترط أكثر منها لأنه شرع للحاجة وهو وجيه — ورأي الامام هو المعتمد في المذهب الحنفي

ومع قول الامام بفساد العقود والتصرفات اذا زاد فيهـا خيار الشرط على ثلاثة أيام فانه يقول بأن العقد ينقلب صحيحاً اذا أجازه من له الخيار في ظرف الأيام الثلاثة لارتفاع المفسد قبل تقرره اذ المفسد انما هو الدخول في اليوم الرابع فاذا أسقط الدخول فيه بالاجازة فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقـد صحيحاً . وقال زفر

لا ينقلب صحيحاً وهو القياس وقول الامام هو المعتمد

وقد نص علماء الحنفية على أنه اذا اشترى شخص شيئاً يتسارع اليه الفساد واشترط لنفسه الخيار الى ثلاثة أيام فان البائع يكون له الحق فى أن يطلب من المشتري اما أن يفسخ العقد قبل فساد المبيع أو يأخذ المبيع عنده بدون أن يدفع شيئاً من الثمن حتى يجيز البيع أو يفسد المبيع دفعاً للضرر

حكم محل العقد فى مدة الخيـار

حكم محل العقد فى مدة الخيار أنه لا يخرج عن ملك صاحبه مادام الخيار له. ويترتب على ذلك أنه لو كان محل العقد عقاراً مبيعاً بشرط الخيار للبائع فلا تثبت فيه الشفعة الا بعد الاجازة أو انتهاء مدة الخيار وقد سبق ذلك فى سبب الأخذ بالشفعة وسيأتى زيادة بيان لهذا المبحث فى كتاب البيع

اجازة العقود والتصرفات التى فيها الخيار أو فسخها

اجازة العقود والتصرفات التى فيها الخيار تكون بالقول وبالفعل. فالاجازة القوليـة كأن يقول رضيت أو أجزت أو أمضيت العقـد أو أبطلت خيارى أو نحو ذلك . والاجازة الفعلية كأن يتصرف من له الخيار فيما ملكه بالعقد تصرف الملاك فى أملاكهم كأن يبيعه أو يؤجره أو يهبه أو يرهنه أو يقفه أو نحو ذلك ـ ومتى أجاز من له الخيار بالقول أو بالفعل لزم العقد سواء علم الآخر بالاجازة أم لا ـ واذا أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد لان العقد المجاز قد يفسخ والمفسوخ لا يجاز

واذا كان الخيار لغير أحد المتعاقدين وأجازه الأصيل وفسخه النائب أو بالعكس نفذ السابق منهما ان علم وان لم يعلم السابق منهما أو كانا فى وقت واحد فالقول المفتى به أنه ينفذ الفسخ مطلقاً سواء صدر من الأصيل أم من نائبه لأنه أقوى من الاجازة اذ هو يلحقها دون أن تلحقه . وقيل ينفذ تصرف الأصيل مطلقا سواء كان فسخا أم اجازة لأنه الأصل . والأول هو المعتمد

وفسخ العقود والتصرفات التى فيها الخيار يكون أيضا بالقول وبالفعل ـ فالأول كأن يقول فسخت العقد أو أبطلته . ويشترط فى الفسخ القولى علم الآخر بالفسخ فان لم يعلم حتى مضت مدة الخيار لزم العقد ولا يعتبر الفسخ ـ والثانى كأن يتصرف فى ملكه الذى له فيه الخيار تصرف الملاك . ولا يشترط فى الفسخ الفعلى علم العاقد الآخر

ما يسقط به الخيار

يسقط الخيار بأحد الأسباب الآتية وهي :

أولا ـ بفسخ من له الخيار وحينئذ يبطل العقد

ثانيا ـ بالاجازة فى مدة الخيار

ثالثاً ـ بمضى مدة الخيار بدون اجازة ولا فسخ سواء علم من له الخيار بمضيها أم لا لأن الخيار ثبت فيها فقط فلا بقاء له بعدها

رابعا ـ بموت من له الخيار فلا يورث عنه لأنه مجرد ارادة ومشيئة والارادات لا تورث ـ وقال الشافعى ومالك بأن هذا الخيار يورث

وفى الأحوال الثلاثة الأخيرة يلزم العقد . ثم انه اذا كان الخيار

لكل من المتعاقدين ومات أحدهما فى مدة الخيار لزم العقد من جهته وبقى الآخر على خياره فان أجازه جاز وان فسخه انفسخ

وسيأتى زيادة بيان لهذا الخيار فى كتاب البيع

خيار الرؤية

خيار الرؤية هو عبارة عن ثبوت الحق المشترى الذى اشترى شيئاً لم يره فى أخذه أو تركه

من يثبت له الخيار

يثبت خيار الرؤية للمشتري دون البائع ومثل المشترى من يلحق به كما سيأتي والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام (مَن اشترى ما لم يَرَهُ فله الخيارُ اذا رآهُ) وما روى من أن عثمان بن عفان باع أرضاً لطَلْحَةَ فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت ما لم أره وقيل لطَلْحَةَ انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت ما لم أره . فحكّما بينهما جُبَيْرَ بن مُطْعِمٍ فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضر من الصحابة ولم ينكر على ذلك أحد منهم فاعتبر اجماعا ـ وقال الامام الشافعى لا يصح العقد قبل الرؤية لجهالة المعقود عليه ـ وقال الامام مالك والامام أحمد وكثير من أصحاب الشافعى بالصحة

ما يثبت فيه خيار الرؤية وما لا يثبت

يثبت خيار الرؤية بدون شرط فيما يأتى :

أولا ــ شراء الأعيان التى لا تثبت ديناً فى الذمة وهى القيميات.

أو المثليات المتعينة بالتعيين وقت العقد . فمن اشترى شيئاً منها قبل رؤيته ثم رآه كان له الخيار في أخذه بكل الثمن أو رده

ثانيا — قسمة الاعيان القيمية لأنها مبادلة لاعتبار ان كل واحد من الشركاء قد اشترى نصيب غيره بنصيبه فاذا لم يكن رآه وقت القسمة أو بعدها كان له الخيار اذا رآه

ثالثاً — الصلح عن مال على عين من الأعيان القيمية فانه يكون للمصالَح الخيار اذا لم يكن رأى العين قبل الصلح

رابعا — استئجار الأعيان المالية لأنه في معنى الشراء فمن استأجر شيئا لم يره ثم رآه كان بالخيار بين امضاء العقد وفسخه

ولا يثبت خيار الرؤية في غير ما ذكر من العقود والتصرفات سواء كانت تحتمل الفسخ أو لا تحتمله

مدة الخيار

رجح الفقهاء أن خيار الرؤية غير مؤقت بمدة معلومة لاطلاق المدة في حديث (مَن اشترى ما لم يَرَهُ فله الخيار اذا رآه) فيشمل القليلة والكثيرة . وقال بعض الفقهاء يتوقت خيار الرؤية بالتمكن من الفسخ بعد الرؤية فلو تمكن منه ولم يفسخ بطل خياره حتى لا يتضرر البائع بطول مدة الخيار ولزم العقد على المشترى

مايسقط به الخيار

يسقط خيار الرؤية بأحد الأسباب الآتية وهى :

أولا — بالاجازة الفعلية قبل الرؤية أو بعدها وذلك بالتصرف

في المبيع بالبيع . أو بالهبة والتسليم . أو بالوقف . أو بنحو ذلك مما يجعل للغير حقاً عليه

ثانياً – بالاجازة القولية بعـد الرؤية لا قبلها كأن يقول رضيت ولا تعتبر اجازته القولية قبل الرؤية لأن الرؤية سبب في الخيار ولا يوجد المسبب قبل وجود السبب

ثالثاً – بفسخ العقد قبل الرؤية أو بعدها

رابعاً – بموت من له الخيار قبل الاجازة أو الفسخ وحينئذ يلزم العقد لأن هذا الخيار لا يورث لأنه مجرد ارادة ومشيئة كخيار الشرط. وقال الامامان الشافعي ومالك بأنه يورث . وسيأتي زيادة لهذا الخيار في كتاب البيع

خيار العيب

تعريف العيب

العيب معناه في اللغة ما تخلو عنه أصل الخلقة السليمة مما يعـدّ به الشيء ناقصاً . ومعناه في الشرع ما ينقص القيمة عند التجار

والأصل في الاشياء السلامة من العيوب فمن اشترى شيئاً شراء مطلقاً أي لم يذكر فيه سلامة المعقود عليه من العيوب أو عدمها وجب أن يكون هذا المعقود عليه سليما

ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولا – انه اذا اشترى شخص حصاناً مثلا بخمسين جنيهاً شراء مطلقاً وجب تسليمه سليماً من العيوب

ثانياً - اذا كان المبيع معيباً بعيب أو أكثر ولم يره المشترى ولكن البائع اشترط أنه برىء من كل عيب يظهر فى المبيع صح الشرط ولزم العقد

ثالثاً — أنه لو كان فى المبيع عيب أو أكثر قبل القبض ولم يره المشترى أو لم يعرفه قبل القبض أيضاً ولم يشترط البائع براءته من كل عيب يظهر فى المبيع كان المشترى مخيراً بين أخذه بكل الثمن أو رده متى رأى العيب . وليس له أخذه والرجوع بما يقابل نقصان العيب من الثمن لأن السلامة من العيوب وصف مرغوب فيه والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن . وقال الامام أحمد له الرجوع بنقصان العيب مطلقاً

رابعاً — أنه لو حدث العيب بعد القبض لزم البيع لأن البائع تعلق حقه بالمبيع سليما فلا يصح رده عليه معيباً الا اذا رضى بذلك

خامساً — أنه لو كان بالمبيع عيب قديم لم يره المشترى قبل القبض ثم حدث به عيب بعده لزم البيع ومتى رأى المشترى العيب كان له أن يرجع على البائع بما يقابل نقصان العيب القديم من الثمن ولكن على التفصيل الذى سيأتى فى كتاب البيع

من يثبت له خيار العيب وما يثبت فيه

يثبت خيار العيب لمن ثبت له خيار الرؤية . ويثبت فى العقود والتصرفات التى ثبت فيها هذا الخيار أيضاً بدون شرط فى العقد لأن

سببه مجيء المعقود عليه على خلاف الأصل أى ظهور عيب فيه اذ الأصل السلامة من العيوب كما سبق

ما يسقط به الخيار

يسقط خيار العيب بأحد الأشياء الآتية وهى :

أولا - برضا من له الخيار بالمبيع : صراحة كأن يقول رضيت أو أخذت أو قبلت . أو دلالة كأنه يتصرف فيه بالبيع . أو الهبة مع التسليم . أو الوقف

ثانيا - بحدوث عيب فى المبيع عند المشترى الا اذا رضى البائع به معيبا ولا يسقط بموت المشترى بل يورث عنه لأن حق مورثهم تعلق بالمبيع سليما فلا يجبرون على أخذه معيبا بل يثبت لهم ما كان ثابتا لمورثهم . والفرق بينه وبين خيار الشرط . والرؤية . أن العيب متعلق بعين مالية ينقص قيمتها فيتضرر الورثة به والضرر يزال شرعا ولا تمكن ازالة الضرر عنهم الا بمنحهم حق وراثة الخيار . وأما الخياران السابقان فهما مجرد ارادة ومشيئة وهى من الصفات الشخصية التى لا تنتقل بالوراثة

الكلام على الخيارات قانونا

الخيارات ليست من المباحث التى أفردها القانون بالذكر بل جاءت ضمن الكلام على العقود المعينة وقد سبق منها خيار التعيين ضمن أقسام التعهدات والالتزامات تحت عنوان (التعهدات التخييرية) وستأتى بقية الخيارات قانونا مفصلة فى العقود المعينة